

UNIVERSITÉ DE LYON - FACULTÉ DE DROIT

LA
RÈGLE CATONIENNE

THÈSE

SOUTENUE

DEVANT LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE LYON

POUR LE DOCTORAT EN DROIT (ÈS SCIENCES JURIDIQUES)

PAR

Jacques LAMBERT

BOSC FRÈRES & RIOU

42, Quai Gailleton, 42

LYON (2^e)

LA RÈGLE CATONIENNE

UNIVERSITÉ DE LYON - FACULTÉ DE DROIT

LA
RÈGLE CATONIENNE

THÈSE

SOUTENUE

DEVANT LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE LYON

POUR LE DOCTORAT EN DROIT (ÈS SCIENCES JURIDIQUES)



PAR

Jacques LAMBERT

BOSC FRÈRES & RIOU

42, Quai Gailleton, 42

LYON (2^e)

UNIVERSITÉ DE LYON - FACULTÉ DE DROIT

PROFESSEURS

MM.

- APPLETON (Charles), *, ☼ I., professeur honoraire.
GARRAUD (René), *, ☼ I., ✕, professeur honoraire, correspondant de l'Institut.
JOSSE RAND, *, ☼ I., doyen, professeur de Droit civil.
PIC (Paul), * O., ☼ I., professeur de Droit international public.
APPLETON (Jean), O, *, ☼ I., professeur de Droit administratif.
LAMBERT, professeur de Droit comparé.
BOUVIER, ☼ I., professeur de Science financière et de Législation française des finances.
LAMEIRE, ☼ I., professeur d'Histoire de Droit public et de Droit administratif.
LÉVY, *, ☼ I., professeur de Droit civil.
GONNARD, ☼ I., ☼ I., professeur d'Economie politique.
PICARD, ☼ A., professeur de Droit civil.
ANTONELLI, *, ☼ I., ☼ I., professeur d'Histoire des doctrines économiques.
PERROUD, ☼ I., ☼ I., professeur de Procédure civile.
COHENDY (Georges), ☼ A., professeur de Droit commercial général.
GARRAUD (Pierre), ☼ I., professeur de Droit criminel.
LEFÈVRE, ✕, ☼ A., professeur d'Histoire du droit.
ROUBIER, professeur, chargé de l'enseignement du Droit comparé.
MONIER, ☼ A., agrégé, chargé de l'enseignement du Droit romain.
HOFFHERR, chargé du cours d'Economie politique.
BECQ, ☼ I., secrétaire.

MEMBRES DU JURY

- M. LEFÈVRE, Professeur à la Faculté de Droit, *président*
MM. ROUBIER, professeur à la Faculté de Droit
MONIER, professeur à la Faculté de Droit } *assesseurs*

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

A MONSIEUR LE PROFESSEUR CHARLES APPLETON



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41553425_0106

LA RÈGLE CATONIENNE

INTRODUCTION

Il n'est peut-être pas de sujet plus souvent étudié que celui que nous avons choisi. Depuis le XVI^e siècle, il est bien peu de romanistes qui n'aient participé aux discussions qui ont divisé la doctrine au sujet de la règle Catonienne. Baudouin, Cujas, Doneau, Favre, Savigny, De Vangerow, Ihering, Arndts, Machelard, Ferrini : voilà quelques-uns parmi les plus illustres de ceux qui ont étudié cette institution. Et cependant le sujet ne paraît pas épuisé. Certes, il serait, aujourd'hui, injuste d'écrire, comme autrefois le président Favre : *Pessime ab antiquis omnibus interpretibus accepta est sententia regulæ Catonianæ, sed multo peius a recentioribus*. C'est, en effet, au cours du XIX^e siècle qu'a été précisé le domaine propre de la règle Catonienne. Les juristes antérieurs avaient démesurément grossi l'importance et le nombre des applications de la règle Catonienne : confondant volontiers sous ce nom tous les fragments du digeste qui proclament l'impossibilité de remédier aux nullités originaires quelles qu'elles soient, ils rangeaient sous l'empire de la règle Catonienne : institutions

d'héritier, legs et stipulations. La doctrine du XIX^e siècle a réduit la règle à des proportions plus vraisemblables. Mais cette tendance à restreindre la portée de la règle Catonienne, encore qu'elle ne soit pas parvenue à la dégager suffisamment des règles semblables : des règles *quæ ab initio inutilis fuit institutio, ex postfacto convalescere non potest et omnia, quæ ex testamento proficiscuntur, ila statum eventus capiunt si initium quoque sine vitio ceperint*, a faussé la direction des recherches sur l'origine et la signification de la règle Catonienne. Pour l'avoir dégagée des règles voisines, on a voulu l'en séparer complètement, la traiter comme une singularité juridique et lui chercher des motifs accidentels. On en a fait, tour à tour, une interprétation de volonté maladroite ou un subtil expédient de procédure.

Il est bien vrai que la règle Catonienne est très distincte des autres et qu'elle a un domaine extrêmement restreint ; beaucoup plus même qu'on ne l'admet communément aujourd'hui : nous croyons en effet que la règle Catonienne ne s'applique qu'à une seule nullité : celle qui résulte de l'impossibilité pour un individu d'acquérir comme légataire un objet qui lui appartient déjà à un autre titre. Mais, si les deux autres règles sont distinctes de la règle Catonienne, elles n'en sont pas très différentes ; elles appliquent à d'autres institutions et à d'autres nullités le même principe : l'impossibilité de remédier après coup aux nullités originaires.

Dès lors qu'il existe trois règles, toutes trois d'origine mystérieuse, qui exigent pour toutes les dispo-

sitions que peut contenir un testament la présence, au moment de la confection aussi bien qu'au moment de la mort, d'éléments nécessaires seulement dans l'avenir, il faut rechercher à ces règles des origines voisines. La règle Catonienne ne peut être la production accidentelle de la fantaisie d'un juriste, parce qu'elle n'est pas isolée. Elle est une production spontanée et logique des institutions qu'elle avait à régir. Et si, comme ses deux voisines, elle paraît déraisonnable, c'est qu'elle est la survivance d'un état de choses disparu. Mais elle a eu son rôle indispensable dans l'évolution de l'acte juridique. Elle est un témoin des étapes par lesquelles il a fallu passer pour arriver, de l'acte juridique élémentaire dont la formation était « simultanée » et tous les effets immédiats, aux actes à « formation successive » et à effet différés que sont les testaments et les obligations conditionnelles. La règle Catonienne est le témoignage daté d'une phase intermédiaire dans le mouvement de « déconcentration » de l'acte juridique, la survivance d'une époque, où l'exécution d'un acte pouvait être différée, sans que puisse être reculée la naissance du rapport juridique qui doit lier les partis.

Etayée des renseignements que nous pouvons avoir par ailleurs sur le testament, la règle Catonienne permet de fixer un peu plus sûrement la nature de l'acte à cause de mort au milieu du VI^e siècle. Et, en étudiant la réaction sur la règle Catonienne de la théorie du *dies cedens* : — témoignage d'un droit dans lequel l'acte juridique peut se former en trois moments successifs : *initium*, *dies cedens* et *dies*

veniens —, on éclaire d'un jour tout nouveau la formation à Rome de l'obligation conditionnelle aussi bien que celle du testament. C'est l'absence même de la règle Catonienne dans les actes juridiques soumis à une condition, qui permet de leur attribuer une évolution tardive, facilitée par l'existence du testament sur lequel ils se sont peu à peu modelés à mesure des besoins de la pratique, sans être encombrés de toutes les survivances qui ont marqué d'une empreinte indélébile les premières tentatives de « déconcentration » de l'acte juridique qui se sont produites dans le testament.

Nous trouvons une confirmation de l'origine que nous avons attribuée à la règle Catonienne et de la place que nous lui avons fixée dans le mouvement de « déconcentration » de l'acte juridique, en étudiant les destinées de la règle dans le droit byzantin. Parce qu'elle n'était raisonnable que vis-à-vis d'institutions qui ne reconnaissaient pas la possibilité de différer la naissance d'un rapport juridique, la règle Catonienne fut ardemment combattue dans le droit classique et rencontra bien des résistances. Mais ces résistances disparurent à l'époque byzantine, et la règle Catonienne retrouva la faveur du législateur comme des praticiens, parce que, sous l'influence de conceptions nouvelles, on tendait à faire produire au testament des effets immédiats, pour en assurer plus sûrement l'exécution. La règle Catonienne était indispensable, dès lors que la vocation du légataire prenait une allure d'actualité.

Lyon, Octobre 1925.

CHAPITRE PREMIER

A QUELLE EPOQUE ET PAR QUI A ÉTÉ FORMULÉE
LA RÈGLE CATONIENNE

La règle Catonienne est ainsi appelée du nom de son auteur. C'est la création d'un des Caton. C'est là une formule très généralement admise, et croyons-nous une formule malheureuse. Chaque loi, chaque action a eu un auteur dont le souvenir s'est fréquemment transmis jusqu'à nous, inséparable de l'œuvre qu'il avait créée : nous connaissons des lois *Furia* ou *Cornelia*, des formules Servienne ou Rutilienne ; mais s'il est une règle Catonienne, il n'est aucune autre des *regulæ juris* des *veteres* qui nous soit parvenue sous le nom d'un juriste.

I

Et pouvait-il en être autrement ? La règle de droit des *veteres* n'est pas la création spontanée d'un esprit : expression d'un droit préexistant, elle ne s'est pas formée en un jour. Il arrive un moment,

dans la vie juridique d'un peuple où, dans l'intérêt d'applications pratiques de plus en plus complexes, il est nécessaire que les solutions d'espèces qui font déjà partie du *jus civile* soient condensées dans des formules d'un usage plus large et plus aisé ; il faut pour les coordonner en extraire l'élément général et abstrait.

Paul donne de la règle cette définition (1) : *Regula est, quæ rem quæ est breviter enarrat : non ex regula juris sumatur, sed ex jure quod est regula fiat.*

Il a donc fallu, pour que naisse la règle, une jurisprudence bien établie, beaucoup de solutions concordantes, de responsa identiques ; un droit qui soit. A l'origine, le responsum ; à l'issue, la règle (2). La

(1) Paulus. 1. D. 50-17. Zocco Rosa : *D'una recente congettura sull'origine della regula Catoniana*. (Studi per Schupfer. p. 42), conteste la possibilité d'appliquer légitimement la définition de Paul aux *regulæ juris* des *veteres* qui valent comme *jus receptum* : cette définition n'aurait visé que les manuels de *regulæ* ou de *definitiones* contemporains du jurisconsulte, les seuls dont Paul connaissait bien la formation. Mais il semble que la distinction entre ces deux catégories de règles résulte essentiellement de l'autorité dont le temps avait revêtu celles des *veteres* qui n'étaient pas susceptibles d'être modifiées. KRUEGER : *Histoire des sources du droit romain*. (Traduction BRISAUD.) p. 173. n. 3. La définition que les compilateurs ont placée en tête du titre de *diversis regulis juris antiqui* décrit sans doute le mode de formation de toutes les règles de droit, aussi bien anciennes que modernes.

(2) Sur cette origine de la règle : FERRINI : *Il Digesto*. p. 8. Le processus que décrit Ferrini est nettement confirmé par deux textes sur la règle Catonienne. A côté des fragments de l'époque classique dans lesquels le principe énoncé par Caton est appelé *regula*, il en est un qui le cite sous le nom

filiation est bien établie : nous avons les témoins de l'évolution. Pas de solution de continuité : cependant, de l'un à l'autre, une différence de nature, qui n'est pas née d'un effort de l'intelligence.

Le responsum, quelle que soit l'autorité du praticien qui l'a délivré, dès lors qu'il n'émane plus de la volonté divine qu'exprimaient les pontifes, n'a pas d'autre valeur que celle d'une opinion personnelle et ne s'impose qu'en tant qu'il n'est pas contredit. La règle des *veteres* a l'autorité souveraine du vieux *jus civile* (3). Ayant reçu la consécration des siècles,

de *sententia* : Mæcianus. 86. D. 35-1. *Etenim nec Catonianæ sententiæ*. Un texte de Pomponius. 8. D. 28-2. emploie l'expression suivante : *secundum sententiam qua utimur*, dans un passage où le mot *sententia* ne peut s'appliquer qu'à l'une des règles de droit du titre de *diversis regulis juris antiqui*; à celle du fragment 201 ou à celle du fragment 210.

Dans la terminologie juridique classique, les deux termes *sententia* et *responsum* ont des sens voisins; tout au plus *responsum* pourrait-il avoir un sens légèrement plus compréhensif que *sententia*. Gaius. 1-7. *Responsa prudentium sunt sententiæ et opiniones eorum quibus permissum est jura condere*.

(3) Du brocart à la règle, il peut y avoir une différence de source : révélation divine des pontifes, révélation profane après la divulgation des archives pontificales, — une différence de transmission: orale, attestée par une forme plus mnémonique; écrite, révélée par un moindre souci du rythme, — il n'y a pas de différence de méthode. La règle appartient aux *veteres*, comme le proverbe à la sagesse des nations. Entre la règle Catonienne et les brocards que contient la loi des XII tables, il n'y a qu'une différence d'époque; avant d'être assemblés dans le code decemviral, les fragments existaient sous la forme de règles. Ch. APPLETON : *Le testament romain*. (Revue générale de droit.) 1902-1903. p. 85. GIRARD :

elle est *jus receptum*. Parce que son origine est lointaine et mystérieuse, elle a la forme précise des œuvres polies par l'érosion du temps, et, si parfois elle apparaît maladroite et incomplète (4), c'est qu'elle a vieilli hors du milieu qu'elle était faite pour régir.

II

Aussi, quand à ces premières manifestations d'un instinct généralisateur la tradition a accolé un nom propre, ne saurait-on dire que ce soit celui du créateur de la règle (5). Durant l'évolution du responsum

Manuel élémentaire de droit romain. p. 25 et ss. Toutes ces règles avaient la même autorité, plus durable que celle des lois éphémères des derniers siècles de la république. Résumé d'interprétations séculaires, elles sont et sont seules le vieux *jus civile*. EHRLICH : *Beiträge zur Theorie des Rechtsquellen*. KIPP : *Geschichte der Quellen*. p. 94. n. 33. Ed. LAMBERT : *L'histoire traditionnelle des XII tables*. (Mélanges Ch. Appleton.) p. 557-558. GIRARD : *Manuel*. p. 45. n. 1.

(4) C'est un reproche qu'on n'a pas manqué de faire à la règle Catonienne. FRAENKEL : *Die Regula Catoniana*, pp. 1 et suivantes.

(5) Pour exprimer une idée précise, en disant que Caton est le créateur de la règle, il faudrait admettre l'idée de FAVRE : la règle est sortie de toutes pièces du cerveau de Caton; elle contient du droit nouveau. *Conjecturæ*. XII-XIX-4. Cette opinion paraît être celle de FRAENKEL. *op. cit.* p. 1, qui explique l'insuffisance de la règle, par ce fait, qu'ayant été donnée dans une hypothèse particulière, elle n'a pas envisagé les difficultés qui pourraient se produire dans des cas semblables, — et celle d'Ottorino CLERICI : *Sulla regola Catoniana*. (D. 34-7.) (Archivio Giuridico. VI-3. 1906.) pp. 441-451, qui cherche à prouver que la règle est demeurée dans la tradition

à la règle dans sa forme immuable, il y a place pour bien des efforts dignes de mémoire. Lequel a créé la règle ? Celui qui le premier répondit à une question nouvelle ? Celui qui trouva une heureuse formule ? Celui qui, dans une période où la règle, déjà vieillie, était contestée, fit prévaloir la tradition sur la nouveauté ? Ou l'un de ceux qui, par leur persévérance à appliquer le même principe, firent « recevoir » la règle dans le *jus civile* ?

De tous ces rôles, il n'est pas sans intérêt de déterminer celui qu'a pu jouer Caton. Si, comme les interprètes, depuis les plus anciens jusqu'aux plus modernes, n'ont pas hésité à l'admettre, il faut reconnaître que Caton fit recevoir une règle déjà basée sur bien des responsa, la présence des conditions juridiques qui ont fait naître ces responsa sera reportée à une époque sensiblement antérieure au VI^e siècle.

telle qu'elle a été créée pour la première fois par Caton. Clerici dit que l'indifférence avec laquelle les classiques appellent le principe *regula* ou *sententia*, exclut la possibilité que Caton ait pu donner une *sententia* dont un autre aurait tiré la *regula*. Le texte commence, dit-il, par un *quod* (perche) qui révèle que la règle a été formulée pour décider un cas particulier et qui rend impossible qu'entre le responsum et la règle il y ait eu un espace de temps, une interruption de raisonnement ou une différence de personne.

L'opinion qu'exprime Fraenkel n'aboutit qu'à nier toute valeur généralisatrice à la phrase que rapporte Celse, et, s'il fallait en tirer des conséquences logiques, [que n'a, sans doute, pas voulues son auteur], on devrait en conclure que, même à l'époque classique, il n'existe pas de règle Catonienne, mais simplement un responsum de Caton. Pour nous les incontestables imperfections de la règle Catonienne s'expli-

C'est en opposition avec cette doctrine courante, que Bremer (6), attribuant la règle à une jurisprudence postérieure, émet l'idée que Caton aurait été l'auteur d'un responsum dont la fortune fut heureuse. Et il semble qu'on puisse trouver de sérieux indices qui tendent à faire croire que la règle Catonienne n'a que tardivement acquis toute son autorité.

quent très naturellement par l'impossibilité de prévoir à trois siècles d'intervalle les questions juridiques qui se poseront dans l'avenir.

Quant à l'interprétation de Clerici, elle conduit à une singulière conception de la règle, qui était sans doute aussi celle de Favre. Si le responsum et la règle sont issus simultanément de la pensée du jurisconsulte, c'est que celui-ci, désireux de donner une base sérieuse à ses responsa sur un point non encore fixé ou sur une question nouvelle, n'hésitait pas à composer une règle, puis à appuyer la solution de l'espèce sur cette règle, comme si elle était revêtue de toute l'autorité du *jus receptum*. Cette méthode admissible peut-être, encore que brutale, lorsque le droit était d'interprétation purement religieuse, devient franchement inacceptable de la part de jurisconsultes laïques.

En réalité, la confusion des mots *sententia* et *regula*, établit uniquement le lien de parenté qui unit le responsum à la règle. Quant à l'interprétation de *quod* que donne Clerici, elle est très contestable, et la construction de la phrase que cite Celse, 1. D. 34-7. semble plutôt être celle-ci : *id legatum quod inutile foret*. CUTERI : *Ancora delle origini della regola Catoniana*. (Annuario dell' Istituto di Storia del Diritto Romano. IX. (2)-X. 1907-1908. pp. 240-243.)

(6) BREMER : *Jurisprudentia antehadriana*. I, p. 20. *ex hujus responso aliis probato regulam postea demum definitam esse puto*. Malheureusement Bremer n'appuie son *puto* que sur la règle de Paul, 1. D. 50-17, dont on ne voit pas bien la force probante en la matière, dès lors que l'on ne soutient pas que Caton introduisit du droit nouveau. L'argument de Bre-

L'époque à laquelle les deux Caton ont exercé leur activité est marquée en matière testamentaire par de profonds bouleversements (7). Les tendances conservatrices, qui en face de ces transformations, dictaient au vieux Caton l'attitude que nous révèle l'appui qu'il donnait à la loi *Voconia* (8), pourraient avoir nécessité de la part du sévère censeur, plutôt que le rappel de directives préexistantes, un responsum sur les questions nouvelles que posait le nouvel état de choses.

D'ailleurs si, durant la fin de la période républicaine et des premiers siècles de l'empire, il existe une règle Catonienne, nous en perdons complètement la trace. Gaius (9), lorsqu'il rapporte la controverse, qui sépara les Proculiens et les Sabinien, sur le sort des legs laissés à l'esclave de l'héritier institué, cite l'opinion de Servius. Sur cette matière qui, à l'époque classique

mer ne porte que contre la doctrine du président Favre, ou contre celle de Clerici. Aussi Zocco Rosa : *D'una recente congettura sull' origine della regola Catoniana*, dans Studi per Schupfer, I, pp. 35-43. et *Sull' origine della Regula Catoniana*, (Annuario dell'Istituto di Storia del Diritto Romano. VIII.) pp. 109 et ss., a pu faire de la théorie de Bremer une critique universellement approuvée. Critique reproduite par CLERICI. *Sulla regola Catoniana*; et CUTERI. *Ancora delle origini della regola Catoniana*.

(7) On en trouve la preuve dans l'activité législative en la matière : loi *Furia* et loi *Voconia*. (585) et dans les interventions continuelles des pontifes au sujet des *sacra* au cours du VI^e et du VII^e siècles. Cicéron. *De Legibus*. II-19.

(8) Cicéron. *De Senectute*. V-14.

(9) Gaius. II-244.

et dans le droit byzantin, est indiscutablement régie par la formule de Caton, le célèbre jurisconsulte donne une solution complètement opposée à l'esprit comme à la lettre de la règle. Il y a là une désinvolture qui, même de la part d'un savant aussi indépendant que Servius, paraît plus naturelle vis-à-vis d'un responsum ou d'une définition n'ayant d'autre autorité que celle d'un avis personnel, qu'en face d'une règle dès longtemps reçue et revêtue d'une autorité incontestable.

D'autre part, si les Sabinien, dans la même hypothèse, basent leur solution sur un principe auquel ils ne se réfèrent pas expressément, mais dont les termes sont semblables à ceux de la règle Catonienne, il ne semble pas que leurs adversaires Proculien aient été embarrassés de se trouver en désaccord avec les *veteres* et la haute autorité de Caton. Le respect du vieux *jus civile*, qui a marqué d'une empreinte ineffaçable le droit romain jusqu'en son dernier état, n'entravait-il donc pas l'activité novatrice des juristes du premier siècle?

Il reste encore dans les textes qui sont entre nos mains (10) le témoignage d'une époque, de beaucoup

(10) Mæcianus. 86. D. 35-1. Cf. n. 2. Ce texte est si embarrassant pour ceux qui soutiennent que Caton est l'auteur de la règle que Zocco-Rosa : *Sull' origine della Regula Catoniana*. p. 113. n. 3, reproduit un argument dont BAUDOIN s'était déjà servi et dit qu'il ne faut pas prêter trop d'attention au mot *sententia*, et qu'il serait plus juste de dire *regula*. BAUDOIN. *Ad regulam Catonianam*. (in Heineccii jurisprudence. Roman. et Attica.) 1. col. 519. Mais rien ne permet d'accuser Mæcianus de cette impropriété.

postérieure à celle où vivait Caton et même à celle des controverses Proculienne et Sabienne, où on n'est pas encore bien certain que la *sententia* de Caton soit devenue une règle. Si Mæcianus pouvait appuyer la solution qu'il donnait sur l'autorité d'une règle, pourquoi rabaissait-il la valeur du principe dont il s'aidait en l'appelant *sententia*? Et Celse mérite bien sa réputation d'audace et d'originalité, par la liberté (11) avec laquelle il écarte des solutions inélégantes, mais que lui imposait une règle consacrée.

Enfin, le nom même qui sert à désigner la règle ne paraît s'être fixé qu'à une époque bien postérieure à la mort de Caton, tant il est contraire aux usages contemporains (12).

Le nom de *Catoniana*, appliqué à notre règle, semble ne s'être généralisé que dans la période classique, dans laquelle seulement les jurisconsultes se préoccupent d'éclaircir le sens exact de la règle qui s'impose à eux et d'en définir la sphère d'application (13).

Sans oser affirmer, comme Bremer, que la règle a été déduite d'un responsum de Caton, nous croyons

(11) Celsus. 1 § 1. D. 34-7.

(12) Sous la république, l'appellation par le seul *cognomen* a quelque chose de familier. On se sert presque toujours du nom *gentilis*, plus rarement du prénom. Ce n'est que beaucoup plus tardivement qu'on emploie le *cognomen* comme dénomination publique. MOMMSEN. *Römische Forschungen*. I. p. 23.

(13) Un fragment d'Ulpien, 4. D. 34-7, contient l'expression *regula Catonis*, alors que l'appellation habituelle est *regula Catoniana*. Ce sont là des hésitations qui permettent de croire que le nom de la règle ne s'est que tardivement fixé d'une façon très ferme.

qu'elle n'a acquis son autorité définitive qu'au cours des premiers siècles de l'empire et que, lorsque Caton formula le principe qui nous est parvenu, il tirait sans doute, de responsa déjà existants la phrase qui est devenue la règle Catonienne (14) ; mais, il était guidé par des nécessités juridiques encore présentes et ne pouvait pas être influencé par le désir de faire prévaloir une règle respectable par son ancienneté, puisque la règle Catonienne n'a été consacrée comme *jus receptum* que deux siècles plus tard.

(14) Il nous paraît impossible que la formule reproduite par Celse soit très moderne. Il est certain qu'elle existe dès le début de l'empire. Les Sabinien utilisent sans aucun doute la formule classique de la règle Catonienne dans la controverse rapportée par Gaius (II-244). Nous ne saurions admettre la manière de voir de CLERICI, qui affirme que les Sabinien ne se servent pas ici de la règle (*op. cit.* pp. 243-244). Quand Sabinus et Cassius disent : *ideo tamen inutile legatum intellegi oportere, quia quod nullas vires habiturum foret, si statim post testamentum factum decessisset testator, hoc ideo valere quia vitam longius traxerit, absurdum esset*, il est bien évident qu'ils connaissent la formule de la règle Catonienne, et qu'ils appuient leur solution sur elle sans la nommer. Il paraît donc bien probable que c'est Caton qui a rédigé la formule de la règle Catonienne, et que le rôle des jurisconsultes postérieurs a consisté simplement à consacrer l'autorité de la règle, en l'appliquant avec persévérance. C'est là le rôle du temps plus que celui d'un homme. Il n'est donc pas de recherche plus vaine que celle qui tend à attacher au développement de la règle Catonienne le nom de certains jurisconsultes classiques. CLERICI, *op. cit.* p. 443 et CUTERI, *op. cit.* p. 241, supposant admise l'hypothèse de Bremer, s'efforcent de découvrir, d'après les sources préférées de Celse, l'auteur de la règle; ils aboutissent à des résultats purement conjecturaux.

III

Pour connaître le cognomen et le rôle probable d'un de ceux qui contribuèrent à l'édification de la règle, nous ne sommes pas encore complètement fixés sur le juriste qui l'a formulée. Parmi les nombreux membres illustres de la famille Porcia, nous pouvons hésiter entre Caton le censeur et son fils Licinianus (15).

La grande majorité de la doctrine incline (16), non sans hésitations, en faveur de Caton Licinianus (17). On invoque à l'appui de cette opinion un texte de Pomponius (18) qui, parlant des œuvres des deux Caton, dit que celles du fils restent en plus grand nombre, et un passage d'Aulu-Gelle (19) qui atteste

(15) Bologninus. (1447-1508), dont l'idée n'a pas fait fortune, avait cru pouvoir proposer Caton d'Utique.

(16) BREMER: *Jurisprudentia Antehadriana*. p. 20. JOERS: *Römische Rechtswissenschaft zur Zeit der Republik*. I. pp. 283 et ss. SCHANZ. *Geschichte des Römischen Litteratur*. I. p. 147. HEUMANN-SECKEL. *Handlexikon zur den Quellen des Römischen Rechts*. V. Cato. MUIRHEAD: *Introduction historique au droit privé de Rome*. (Trad. Boucart) p. 85, sont très affirmatifs ; tandis que MACHELARD. *Etude sur la règle Cato-nienne en droit romain* (Revue historique de droit. 1862) p. 313. et GIRARD: *Manuel*. p. 968, marquent des doutes sur la certitude de l'attribution.

(17) Marcus Porcius Cato M. F. Licinianus, né en 563-192, mort en 601-154.

(18) Pomponius. 2 § 38. D. 1-2.

(19) Gellius. *Noctes Atticæ*. XX. (19) § 9. Lib. XIII. *Ex majore autem Catonis filio, qui prætor designatus patre vivo*

l'autorité de l'œuvre juridique de Licinianus. De ses œuvres, d'ailleurs, certaines nous sont connues : des *Libri de juris disciplina* (19) — desquels, a-t-on parfois supposé, aurait été extraite la règle Catonienne (20) — et peut-être aussi des *Commentarii juris civilis* (21). Enfin, l'activité de praticien du jeune Caton nous est attestée : nous n'ignorons pas qu'il donnait volontiers des responsa (22).

Mais peut-on trouver là quelque élément de décision ? Y a-t-il même un indice quelconque en faveur du fils ?

La forte personnalité politique de Caton le Censeur ne saurait faire oublier celle du jurisconsulte qui nous

mortuus est, et egregios de juris disciplina libros reliquit. Ce texte est d'un intérêt particulier, parce qu'il opère une distinction très rarement faite, entre les deux Caton, et permet seul l'attribution certaine d'un ouvrage de droit à Licinianus. Mais là se bornent nos renseignements. MOMMSEN : *Römische Geschichte*. I. p. 459, a conjecturé de ce texte que *De juris disciplina* aurait été le titre du volume. On peut aussi bien croire que Gellius n'a voulu, en employant les mots *De juris disciplina*, qu'indiquer la matière traitée. Aussi ne saurait-on dire si cet ouvrage doit ou non être identifié avec ceux qui nous sont, d'autre part, rapportés sous le nom de Caton : un ouvrage en 15 volumes cité au fragment 4 § I. D. 45-1, et des *commentarii juris civilis* dont Festus donne un fragment au mot *mundus*. On a conjecturé sans base sérieuse que la règle Catonienne aurait été extraite de ces *Libri de juris disciplina*. MACHÉLARD : *op. cit.* p. 1. SCHANZ : *op. cit.* p. 146.

(20) Cf. note 19.

(21) Festus. V. *Mundus*.

(22) Cicero : *De Oratore*. II. 33-142.

est attestée peut-être plus sûrement que celle de Lici-
nianus (23) : aucune de ses œuvres juridiques ne nous
est parvenue, il est vrai, mais nous savons que parmi
les nombreux ouvrages qu'il écrivit (24), il en est
dont le plan devait sans doute embrasser le droit (25).
Rien ne prouve, en outre, que ces *Commentarii juris
civilis*, dont le nom nous a été transmis, soient de
son fils plutôt que de lui (26). Quant à son habileté de
praticien, les fragments du *De Agricultura* (27) ne

(23) Cicero: *De Oratore*. I-37-171 et III-34-135. Livius.
XXXIX-40. Quintilien: *Institutiones Oratoriæ*. 12-11-23. Nom-
breuses opinions des anciens sur la valeur de Caton dans
PETER: *Historicorum Romanorum Fragmenta*. pp. 40-67.

(24) Nomenclature de ces ouvrages dans PETER: *op. cit.*
pp. 40-67.

(25) JORDAN: *M. Catonis præter librum de re rustica quæ
exstant*. p. XCIX, émet l'hypothèse que les *præcepta ad M.
Filii* ont dû contenir du droit civil.

(26) Festus ne précise pas quel est celui des deux Caton,
auquel il emprunte le fragment cité au mot *mundus*, et Paul,
4 § 1. D. 45-1. dit simplement *Cato libro XV scribit*.

Il est à remarquer que le fragment, rapporté par Festus,
contient du droit purement religieux et non pas du droit
privé. En l'absence de toute autre indication, on pourrait
trouver là une raison d'attribuer les *Commentarii juris civi-
lis* à Caton l'Ancien, que ses fonctions d'augure préparaient
à une activité religieuse et dont un responsum en matière
sacrée nous est parvenu. Augustinus: *De doct. Christ.* 2-20.

(27) Sur les formules de location et de vente contenues
dans le *De Agricultura* : BRUNS: *Fontium iuris civilis pars
posterior*. pp. 47 à 51. BEKKER: (*Zeitschrift für Rechtsgeschi-
chte*. 1864. III) *Ueber die leges locationis bei Cato de re rus-
tica*. pp. 416-445. BECHMANN: *Der Kauf nach gemeinen Recht*.
I. pp. 526-540. HUVELIN: *Etude sur le Furtum. Les sources*,
pp. 237-253.

nous permettent pas d'en douter, et si nous n'avons de lui qu'un responsum douteux (28), cela ne nous autorise pas à dire qu'il n'en a pas donné.

Il faut reconnaître qu'en réalité le seul motif qui pousse à attribuer à Licinianus la règle Catonienne, c'est que l'on a voulu voir en Caton le fils l'initiateur d'un mouvement raisonné de synthèse du droit (29), auquel seraient dues la plupart des règles des *veteres*, et dont la règle Catonienne serait le produit le plus marquant. Mais, si elle est l'œuvre la plus remarquable que l'on puisse attribuer à Caton, elle est aussi la seule. Il y a dans cette théorie une tautologie qui peut se résumer ainsi :

Caton est l'initiateur de ce mouvement de synthèse du droit qui marque le début de la science juridique romaine : la preuve en est dans la règle Catonienne (30).

La règle Catonienne est l'œuvre de Caton Licinia-

(28) Même si le responsum que Cicéron cite : *De Oratore*. II. 33. 142, n'est pas de Caton l'ancien, il s'agit sans doute bien de quelque sorte de responsum, quand Cicéron : *De Oratore*. III. 33. 135, dit : *num propter hanc ex privatorum negotiis*.

(29) JOERS: *op. cit.* p. 277. SCHANZ: *op. cit.* p. 146. FRAENKEL: *op. cit.* p. 1.

(30) PACCHIONI: *Corso di diritto Romano*. I. p. 147. « Le nom de Caton aurait probablement passé en seconde ligne, à côté des autres juristes de son époque, si à celui-ci ne s'attachait une des plus fameuses *regulæ juris*..... La naissance des *regulæ juris* marque une date des plus importantes dans l'histoire de la jurisprudence : celle de Caton est une des plus importantes. »

nus, parce que c'est lui qui est l'initiateur du mouvement de synthèse du droit (31).

Il est en réalité quelque peu imprudent, alors que de l'œuvre des Caton nous ne connaissons rien, de faire jouer à Caton Licinianus, sur la foi d'un bref témoignage de Pomponius (32) et de six fragments d'attribution incertaine (33), le grand rôle que les documents permettent seulement d'attribuer à Servius et à Q. Mucius (34). Il y a là une anticipation d'un siècle

(31) FRAENKEL: *Die Regula Catoniana*, p. 1. « Elle (la règle Catonienne) est une création de ce qu'on nomme la Regularjurisprudenz, une création de Caton le jeune, qui a exercé la plus grande influence sur l'évolution de cette méthode. »

(32) Pomponius : 2 §38. D. 1-2. Le texte de Pomponius est d'ailleurs contraire à cette hypothèse. En déclarant plus loin que : *post hos (Catonnes) fuerunt Publius Mucius et Brutus et Manilius qui fundaverunt jus civile*, ne reconnaît-il pas nécessairement que Caton n'a pas fondé le droit civil ?

(33) JOERS : *loc. cit.* indique certains de ces fragments comme pouvant être attribués à Licinianus. Il est préférable d'imiter la réserve de LENEL: *Palingenesie*. I. M. P. Cato. col. 125. note 1, qui classe les fragments rapportés à Caton sous la rubrique *aut censorinus aut censori filius*.

(34) Q. Mucius Scævola paraît être le premier qui ait travaillé scientifiquement et méthodiquement à une œuvre de classification et de définition. GIRARD: *Manuel*, p. 48. CUQ: *Manuel des institutions juridiques*, p. 40. KRUEGER: *Histoire des sources*. (Brissaud) p. 78. Un des livres de Scævola: *liber singularis* « ὁ ρ ω ν », contenait des définitions dont certaines sont reproduites au Digeste. (73. D. 50-17). Sur le plan du *jus civile* de Scævola, voir LENEL: *Das Sabinussystem*, pp. 10 et ss.

Servius est considéré par Cicéron comme le fondateur de la science juridique. (*Brutus*, 42-155 et ss.) KRUEGER: *op. cit.* p. 82. VERNAY: *Servius et son école*.

que rien ne justifie. Avant qu'on ait songé à recueillir les règles existantes et à les systématiser, il y avait des règles issues de l'esprit d'empiriques encore rebelles aux classifications. Avant le souci de synthèse, il y a eu les nécessités pratiques (35) : elles ont pu donner naissance à quelques règles fragmentaires. Leur création a peut-être été hâtée par le goût des idées générales dont l'hellénisme naissant imprégnait Rome barbare ; mais elle n'est pas la conséquence d'un esprit de recherche scientifique, d'un souci de méthode juridique : ces préoccupations n'ont pu se faire jour que beaucoup plus tard, chez un peuple beaucoup plus évolué.

On a cru pouvoir, dans un autre sens, invoquer l'intention de réaction que marquerait la règle pour l'attribuer au Censeur (36), dont l'esprit conservateur est quasi légendaire et dont l'attitude dans le vote de la loi *Voconia* paraît à certains inspirée d'un esprit analogue à celui de la règle.

Ce sont là des indices bien fragiles. Si Caton le père était un conservateur entêté, son fils l'était inévitablement au même degré : Caton le Censeur avait pris

(35) Rien ne permet de supposer que, jusqu'au septième siècle, la jurisprudence ait fait autre chose que commenter des espèces sans en dégager systématiquement l'esprit. GIRARD: *Manuel*. p. 48. FERRINI: *Il Digesto*, *op. cit.* p. 8. Si l'on devait admettre que toutes les règles de droit, même les plus anciennes, ont été faites dans un esprit de synthèse scientifique, ce n'est pas à l'auteur de la règle Catonienne qu'il faudrait attribuer la création de la science juridique à Rome, mais aux rédacteurs du code décemviral.

(36) CH. APPLETON: *Le Testament Romain*, p. 196, p. 1.

lui-même grand soin de l'éducation de son fils qu'il estimait fort ; le vieux romain n'était pas homme à tolérer auprès de lui quelque opposition que ce fût, et il le fit bien voir ; s'il gardait Licinianus sous son toit, c'est que celui-ci partageait ses idées (37).

Et c'est là ce qui doit nous porter à accepter facilement notre inévitable ignorance. Car, quel que soit l'auteur de la règle, l'esprit qui la dictait était le même. L'attribution à Caton le père ou à Caton le fils n'en changera pas non plus la date, puisque le vieux Caton vit mourir, en 601, son fils, auquel il ne survécut que quatre ans.

Nous croyons donc pouvoir assurer que, quel qu'en ait été le rédacteur, c'est dans la seconde moitié du sixième siècle qu'a été formulé le principe qui est devenu la règle Catonienne.

(37) Plutarque : *Vitæ Parallelæ*, Caton, cap. XXIV.

CHAPITRE II

DISTINCTION ENTRE LA RÈGLE CATONIENNE
ET LES RÈGLES CONTENUES DANS LES FRAGMENTS
29, 201 ET 210 DU TITRE
DE DIVERSIS REGULIS JURIS ANTIQUI

La règle Catonienne nous est parvenue par l'intermédiaire de Celse dans un texte ainsi conçu :

Quod, si testamenti facti tempore decessisset testator, inutile foret, id legatum quandocumque decesserit, non valere (1).

La fiction de la mort du testateur immédiatement après qu'il a exprimé ses dernières volontés dissimule l'affirmation qu'un legs nul au moment de la confection du testament, ne pourra jamais devenir valable, quand bien même la cause de nullité aurait disparu au moment de la mort du testateur.

(1) Celsus : 1 pr. D. 34-7.

I

On est immédiatement porté à rapprocher la règle Catonienne d'autres règles qui, dans le Digeste, forment plus directement un principe semblable pour d'autres institutions que les legs :

Quæ ab initio inutilis fuit institutio, ex postfacto convalescere non potest (2) qui régit les institutions d'héritier ;

Omnia quæ ex testamento proficiscuntur, ita statum eventus capiunt, si initium quoque sine vitio ceperint (3), qui donne une règle analogue pour toutes les dispositions que peut contenir un testament : institutions d'héritiers, legs, libérations et tutelles testamentaires.

Et enfin, une règle de portée très générale soumet l'ensemble des actes juridiques à un sort identique : *quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere* (4).

Ne doit-on pas admettre que la seule différence qui sépare les quatre règles est une différence de rédaction ? C'est une opinion qui a longtemps rencontré la faveur de la doctrine. Avec Accurse (5), la grande

(2) Licinius Rufinus: 210. D. 50-17.

(3) Javolenus: 201.D. 50-17.

(4) Paulus: 29. D. 50-17.

(5) Accurse: § *an servo*, Just.-32, de *legatis*, dit que la loi 29 (*quod initio*) est fautive dans beaucoup de cas. Il est dans ce passage question du legs laissé à l'esclave de l'héritier. Et c'est là un des cas d'application certaine de la règle Catonienne. Accurse confond donc bien les effets de la règle *quod initio* avec ceux de la règle Catonienne.

glose s'en est fait l'écho, et les écrivains du XVI^e au XVIII^e siècle se sont rangés en majorité derrière Cujas (6), pour affirmer l'identité de la règle et des autres formules. Ces auteurs admettaient que les quatre règles, contenues dans le Digeste, sont toutes identiques ; il n'y aurait qu'une seule règle dont le nom nous est parvenu, la règle Catonienne. Les compilateurs l'auraient, par erreur, insérée, sous diverses formes, en divers passages de leurs œuvres, mais le champ d'application et les conséquences des diverses formules sont les mêmes. Aux legs, comme aux institutions d'héritier, s'appliquerait la formule : *quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere*, qui est la formule la plus compréhensive de la règle Catonienne (7).

Mais c'est surtout entre la règle Catonienne donnée par Celse et la règle *quæ ab initio inutilis fuit institutio* (fragment 210), qu'on a tenté l'assimilation ; on s'est efforcé de démontrer que les institutions d'héritier sont régies par la règle Catonienne aussi bien que les legs. Ne trouvait-on pas, d'ailleurs, la preuve de la généralité d'application de cette dernière dans un texte, au titre de *Regula Catoniana*. Ulpien dit : *Pla-*

(6) CUJAS : *Comment. in fr. 68 de jure dotium in lib. X. Quaest. Pap.*

(7) On trouvera une étude très détaillée sur l'histoire de cette question dans RIVIER : *De discrimine quod inter regulam Catonianam et eam quæ lege 29 de Reg. Jur. continetur juris antiqui regulam interest*, et dans F. B. CICALA : *Vecchi e nuovi pregiudizi di scuola in alcune dottrine romanistiche*. (Studi Senesi, Vol. XXXI-1915). pp. 48 et ss.

cet Catonis regulam ad condicionales institutiones non pertinere (8).

Comment interpréter ce texte sans avoir recours à un argument *a contrario* qui seul peut donner un sens raisonnable (9) : si la règle Catonienne ne s'applique pas aux institutions conditionnelles, c'est qu'elle s'applique aux institutions pures et simples. Ce texte fait la preuve de l'identité de la règle Catonienne et de la règle qui régit les institutions d'héritier.

Mais à cette thèse s'oppose un texte de Papinien : *Catoniana regula non pertinet ad hereditates neque ad ea legata, quorum dies non mortis tempore, sed post aditam cedit hereditatem* (10). De ces deux textes contradictoires dont l'un affirme et l'autre nie la possibilité d'appliquer la règle Catonienne aux institutions d'héritier, quel est celui qui doit prévaloir ? Pour Cujas (11), c'est le texte d'Ulpien qu'il faut tenir pour

(8) Ulpianus : 4. D. 34-7.

(9) DONEAU : *Commentarii juris civilis*, VIII. cap. 13. écrit au sujet de ce fragment : *Unde postea dicitur, regulam non pertinere, non ad institutiones generaliter, sed ad institutiones condicionales : ut intellegamus ad puras pertinere*. Voir aussi CUJAS : *Obs.* IV-4. *Ergo pertinet ad puras, alioquin esset stulta ea admonitio*.

(10) Papinianus : 3. D. 34-7.

(11) CUJAS : *Recitationes solemnes ad Pap. lib. XV. Quaest.* Cujas ayant fait remarquer (*Comment. VII. Resp. Papin.*), que la règle Catonienne ne touche pas aux affranchissements, dont l'accomplissement n'a lieu qu'à l'adition d'hérédité et non pas à la mort, propose de lire dans le texte de Papinien (3. D. 34-7), au lieu de *Catoniana regula non pertinet ad hereditates.....*, *Catoniana regula non pertinet ad libertates, neque ad ea legata quorum dies non mortis tempore, sed post aditam cedit hereditatem*.

bon ; pour le président Favre (12), c'est le texte de Papinien qui est pur de toute erreur. Derrière ces deux interprètes, tous les juristes, jusqu'au XIX^e siècle, s'affrontent dans une discussion, où toute explication nouvelle repose sur une nouvelle correction des textes (13).

Pour pouvoir décider lequel des deux fragments exprime la véritable solution, il n'est pas d'autre moyen que rechercher, dans les applications de la règle Catonienne, si elle régit également les legs et les institutions d'héritier.

Nous avons des textes qui s'inspirent de ses données, parfois expressément, parfois implicitement, dans les

(12) Antonius FABER : *Conjecturæ*. XII-19. Pour Favre, le fragment d'Ulpien (4. D. 34-7) a été déformé par des glossateurs maladroits : *Puto delendam dictionem illam conditionales, utpote quæ in textum haud dubie irrepserit ex glossa imperiti interpretis idipsum fortasse existimantis quod recentiores nostri Regulam Catonianam ad puras institutiones delatasque ex iis hereditates pertinere*. Le mot *conditionales* ainsi supprimé, la phrase d'Ulpien donne une solution identique à celle de Papinien.

(13) Rævardus admet que Papinien fait allusion, non pas aux hérédités testamentaires, mais aux hérédités légitimes. Il faudrait ajouter *legitimas* à *hereditates* dans le fragment trois.

Chesius propose d'entendre *hereditates* par acquisition de l'hérédité. La règle Catonienne s'appliquerait aux institutions d'héritier, mais non à l'acquisition de l'hérédité quand celle-ci est impossible au moment de la délation, bien que l'institution ait été valable.

Fornerius tient pour certain que la règle Catonienne concerne aussi bien les institutions d'héritier que les legs, et que, dans le texte de Papinien, il faudrait lire à la place d'institution d'héritier, substitution. En effet la règle Catonienne ne s'applique pas toutes les fois qu'il y a un substitué,

institutes de Gaius (14), dans les règles d'Ulpien (15), dans le Digeste (16), dans le Code (17), dans les institutes de Justinien (18), dans la paraphrase grecque des institutes (19), et dans les Basiliques (20). Les applications de la règle Catonienne y sont partout limitées aux legs ; pas une fois cette règle n'est invoquée pour justifier une solution donnée en matière d'hérédité. Il serait étonnant que tous les jurisconsultes d'époques diverses, dont les fragments ont été mis à contribution par les rédacteurs de toutes ces œuvres, se soient mis d'accord pour passer sous silence les applications de la règle aux institutions d'héritier, s'il y en avait eu. D'ailleurs, la définition de la règle Cato-

FORNERIUS: *Rerum Quotidianarum*. III. cap. VII (Thesaurus juris Romani Everardi Ottonis. II. col. 201).

D'autres hypothèses ont encore été présentées ; en en trouvera l'exposé détaillé dans RIVIER: *De discrimine*. et dans CICALA: *Op. cit.* Tout cela n'a plus qu'un intérêt rétrospectif. L'opinion défendue par Cujas est depuis longtemps abandonnée. Il reste encore, cependant, chez quelques auteurs modernes, une certaine confusion entre la règle Catonienne et la règle: *quod initio vitiosum est* (fr. 29). KNIPE: *Gaii institutionum commentarius secundus*. p. 332. FRANZ MOHLER: *Pandekten Repetitionen nach Lehrbuchern von Puchta, von Vangerow et Arndts*. p. 240. Cornelius Van BELL: *De usu regulæ Catoniæ*. p. 15.

(14) Gaius : II-244.

(15) Ulpianus : XXIV-23 et 24.

(16) Titre VII, Livre 34. Ulpianus: 41 § 2. D. 30.

(17) Constitution 13. C. 6-37.

(18) § 32. Just. II-20.

(19) Théophile: § 32. II-20.

(20) Basiliques § 33. 44-18.

nienne que donne Celse est, elle aussi, expressément limitée aux legs (21). Et ce n'est pas par erreur que les compilateurs ont cité cette seule formule étroite sous le nom de règle Catonienne, au titre *De Regula Catoniana*, et que Celse lui-même déclare qu'il donne la propre formule de la règle Catonienne. En effet, nous croyons pouvoir affirmer que la formule, que Celse a transmise, est la seule que la doctrine romaine ait appelée Catonienne et celle même sans doute que composa Caton. En effet, la fiction de la mort immédiate du testateur : *quod, si testamenti facti tempore testator decessisset*, qui distingue très nettement la formule de Celse des autres règles du livre 50, titre 17, se retrouve dans les institutes de Gaius (22). Les Sabiniens, — lorsqu'ils disent qu'un legs ne sera pas valable à quelque époque que meure le testateur, parce que *nullas vires habiturum foret, si statim post testamentum factum decessisset testator*, — utilisent évidemment la même formule que Celse. Et cette formule, c'est au titre *De Legatis* que Gaius l'a insérée dans les institutes. Enfin la paraphrase grecque, pour définir la règle Catonienne, reproduit visiblement au

(21) On pourrait, il est vrai, faire remarquer que *legare* a dans le vieux droit romain le sens très large de *legem dicere*. Dans cette acception, *legatum* pourrait donc aussi bien comprendre des dispositions à titre universel, des libérés et des tutellés que des legs au sens moderne du mot. Mais s'il est probable que *legatum* avait autrefois ce sens large, on ne saurait prétendre qu'il le conservait encore à l'époque de Caton et surtout à celles de Gaius et de Justinien.

(22) Gaius: II-244.

titre *De Legulis* la fiction de la mort immédiate du testateur (23) :

πάντα τὰ λήγατα ὅσα ἤμελλεν ἄχρηστα εἶγε παραχρῆμα μετὰ τὴν ποίπσιν της διαθήκης ἐτελεύτησεν ὁ τεστᾶτωρ ταῦτα μὴ διὰ τοῦτο βεβαιουσθαι.

On pourrait déjà difficilement admettre que les compilateurs aient eu la maladresse de placer au titre *De Regula Catoniana* une formule que sa rédaction limitait aux seuls legs, alors que le titre aurait visé une institution régissant l'ensemble des actes juridiques ; mais il est impossible de croire qu'en traitant de la règle, dans un titre des institutes réservé aux seuls legs, ils aient renouvelé l'erreur que Gaius aurait commise avant eux, et que l'auteur de la paraphrase grecque devait répéter plus tard.

Il faut dès lors reconnaître que la seule formule méritant le nom de règle Catonienne est celle qui forme le fragment 1 du titre *De regula Catoniana* dans le Digeste.

La règle Catonienne ne contient pas un principe d'application générale, elle ne régit pas les institutions d'héritier, mais elle est strictement limitée aux legs, et ne se confond pas avec les règles voisines.

C'est là ce qu'affirme le texte de Papinien, qui ne peut supporter d'autre interprétation, à moins qu'on ne prétende y découvrir une interpolation dont rien n'expliquerait les raisons. On ne saurait non plus admettre la construction incorrecte et inintelligible qui ferait dépendre la proposition subordonnée aussi

(23) Théophile : § 32. II-20.

bien d'*hereditates* que de *legata* (24), pour affirmer que la règle ne s'applique ni aux legs ni aux hérédités dont le dies cedens se place après l'adition.

C'est donc le fragment de Papinien qui traduit la réalité des faits (25). Est-ce à dire que le seul texte de Papinien doit être retenu, et qu'il faille considérer celui d'Ulpien comme erroné et convaincu d'interpolation ? (26).

(24) Pour Doneau et Baudoin, il s'agirait en effet, ici, de fidéicommiss d'hérédité. Depuis le senatus consulte Trebellien, le fideicommissaire est *loco heredis*, et non plus *loco emptoris*, ce qui expliquerait l'emploi du mot hérédité, au lieu de fidéicommiss. Mais on peut difficilement croire qu'un jurisconsulte classique ait commis l'impropriété d'écrire hérédité au lieu de fidéicommiss universel. En tout cas le démonstratif *ea*, placé seulement devant *legata*, exclut l'hypothèse que la proposition subordonnée puisse également se rapporter à *hereditates*.

(25) C'est là un point bien établi depuis les travaux de FAVRE: *Conjecturæ*. XII-19. VOORDA: *Interpret. et emendat*. ARNDTS: *Ueber die Catonianische Regel*. (Neues Rheinisches Museum für Jurisprudenz. V) p. 204-254. 1833. RIVIER: *De discrimine*. ROSSHIRT: *Einige Worten über die Regula Cato-tiana*. (Archiv. für die civilistische Praxis. X. 1827.) pp. 328-334.

(26) C'était l'avis de Favre. Cf. note 12, qui supprime *conditionales*.

MACHELARD: *op. cit.* p. 326, reprend l'idée de FAVRE et suppose que cette malencontreuse adjonction de *conditionales* a été suggérée aux compilateurs par le principe énoncé par Ulpien (41 § 2. D. 30) ad *condicionalia Catoniana non pertinent*. L'apparence générale de cette phrase, les a poussés à en entendre l'application aux institutions.

LENEL: *Palingenesia*. II-Col. 1041. n. 1. approuve la correction de Favre, et croit que l'erreur des compilateurs a été

Il est certain que, si le fragment d'Ulpien doit être considéré comme complètement inconciliable avec celui de Papinien dont l'exactitude est reconnue, il faudra le tenir pour remanié par les compilateurs.

Mais la contradiction existe-t-elle ? Le fragment de Papinien déclare que la règle ne concerne pas les institutions d'héritier ; celui d'Ulpien, qu'elle ne les concerne pas lorsqu'elles sont conditionnelles. La contradiction ne naît que de l'interprétation du passage d'Ulpien par un argument *a contrario*. La valeur de ce mode de raisonnement est toujours sujette à caution ;

provoquée par incompréhension du fragment d'Ulpien. Celui-ci aurait combattu un argument qu'on apportait dans la discussion sur l'effet de la prétériton du fils, quand l'institution d'héritier est conditionnelle. (Gaius II-123.) On pouvait dire que, puisque les legs conditionnels peuvent s'amender, dès lors que la nullité a disparu à la mort, il doit en être de même de l'institution d'héritier conditionnelle nulle par prétériton du fils, quand celui-ci meurt avant le testateur. Ulpien répondait que la règle ne concerne pas les institutions, et c'est alors que les compilateurs auraient ajouté conditionnelles.

MASSOL: *Principes rationnels de la règle Catonienne en droit français et en droit romain*. (Académie de législation de Toulouse. T. 24-1875) p. 62, croit que les compilateurs ont interpolé intentionnellement le fragment d'Ulpien, parce que, si la règle Catonienne a eu sa raison d'être autrefois, son esprit est le même que celui de la règle qui régit les institutions d'héritier. Massol traduit, en effet, ainsi le fragment de Papinien : Papinien a voulu dire, non pas que le principe de la règle ne s'applique pas aux hérédités, mais qu'il n'est pas besoin de la règle pour l'y appliquer. Justinien a donc pu dire avec raison, bien qu'un peu maladroitement : c'est seulement aux institutions conditionnelles que ne touche pas la règle.

elle est ici d'autant plus suspecte que les textes émanent de deux auteurs différents, et surtout font partie de deux masses différentes (27).

La phrase d'Ulpien est tirée d'un développement que nous ignorons ; nous pouvons seulement supposer qu'il venait d'exposer les cas de nullité des testaments (28). N'a-t-il pu vouloir dire là que l'indulgence spéciale dont la règle Catonienne fait preuve envers les legs conditionnels ne se retrouve pas dans la règle qui régit les nullités des institutions d'héritier ? Il aurait ainsi, loin d'assimiler les deux règles, souligné les différences qui les séparent quant à la manière de traiter les actes juridiques soumis à une condition.

Dans l'ignorance où nous sommes du contexte, bien des modes de conciliation peuvent s'offrir à nos conjectures (29), quoiqu'il soit impossible d'attribuer une

(27) Le fragment de Papinien (3. D. 34-7), appartient à la masse Papinienne; le fragment 4, Ulpien, à la masse Sabinienne.

(28) LENEL: *Palingenesia*: Ulpianus X ad Sabinum. I. Col. 1041. n° 2506.

(29) Doneau proposait, en seconde ligne, l'explication suivante, reprise par ORTOLAN: *Explication historique des Institutions*. II. p. 574. n. 2. Ulpien aurait voulu parler de legs écrits dans un testament dont l'institution d'héritier aurait été conditionnelle. Le vice de cette explication, c'est que le legs qui accompagne une institution conditionnelle, n'en demeure pas moins pur et simple, et que son *dies cedens* se place au jour de la mort du testateur. Gaius: 107. D. 35-1. Paulus: 1. D. 36-2. Paulus: 21 § 1. D. 36-2. ORTOLAN (*op. cit.* II. p. 582. n. 3), pour écarter d'avance cette objection, suppose qu'on a inséré cette phrase au Digeste, justement parce que la règle Catonienne aurait dû régir les legs dépendant

valeur certaine à l'un d'entre eux. Mais, la possibilité d'un seul de ces modes de conciliation doit suffire à faire rejeter tout système reposant sur un remaniement des textes. En l'absence de tout critère linguistique d'inauthenticité, seule une contradiction formelle pourrait autoriser à suspecter ce texte d'interpolation. D'ailleurs, pour nous, l'intérêt de la question est, autant de savoir ce qu'ont voulu dire les compilateurs que ce que voulait dire Ulpien. Quelle que fût l'interprétation qui pouvait être donnée au fragment 4 dans l'ouvrage d'où il a été extrait, que le mot *condicionales* fût contenu dans le propre texte du juriste, ou qu'il y ait été introduit par les compilateurs, ces derniers, en mutilant la phrase, soit par des remaniements, soit par une séparation brutale du con-

d'une institution conditionnelle. C'est parce qu'il était nécessaire de signaler l'exception faite aux principes généraux, en n'appliquant pas la règle, qu'on a inséré un fragment spécial dans les compilations.

Pour MUHLENBRUCH: *Ausführliche Erläuterung der Pandekten* de F. von Gluck. XXXIX. § 1437. p. 145, qui admet que la règle Catonienne régit la *testamenti factio* du légataire et que celle-ci n'est pas exigée avant la mort dans les legs conditionnels, Ulpien aurait décidé qu'on ne doit pas traiter, dans une institution conditionnelle, la *testamenti factio* de l'héritier avec la même indulgence que celle du légataire dans un legs conditionnel.

On pourrait encore supposer qu'Ulpien donnait un responsum sur les institutions conditionnelles, parce qu'on ne l'avait interrogé qu'à ce sujet, ou bien parce qu'il n'y avait de doute que pour les institutions conditionnelles; si l'interrogation avait été autre, il aurait peut-être répondu que la règle Catonienne ne s'applique pas aux institutions d'héritier pures et simples.

texte, lui ont imposé le seul sens que voici : la règle est inapplicable aux institutions conditionnelles. A quelle raison ont-ils obéi en insérant cette phrase ? Ils n'ont pu commettre une simple maladresse, due à leur incompréhension. Personne mieux qu'eux n'a précisé la théorie de la non-application de la règle aux legs conditionnels ; ils en ont systématisé les conséquences avec une subtilité toute byzantine (30). Ils ne pouvaient pas faire d'erreur en cette matière.

Ils ont volontairement inséré la phrase au Digeste dans le sens qu'elle y a. N'était-il donc pas parfaitement inutile de préciser que la règle Catonienne ne s'applique pas aux institutions d'héritier conditionnelles, alors qu'il est bien établi qu'elle ne s'applique à aucune espèce d'institution d'héritier ? Il n'y avait pas plus lieu de dire : la règle ne concerne pas les institutions conditionnelles, que : la règle ne concerne pas les stipulations conditionnelles.

Nous ne serions cependant pas très éloignés d'admettre que ce surcroît de précision pouvait ne pas paraître superflu aux compilateurs. Il est certain que le droit de Justinien, comme le droit classique, maintient une existence distincte aux quatre règles qui exigent la présence des conditions de validité au moment de la confection d'un acte juridique. Tribonien et ses collègues ont fait bien souvent cette distinction (31).

Mais s'il reste des différences entre ces principes,

(30) Cf. p. 194.

(31) Ils ont en effet inséré le texte de Papinien : 3. D. 34-7,

elles sont devenues purement historiques ; leur raison d'être a disparu ; toutes ces règles sont également logiques dans un testament dont la forme se rapproche de celle des actes entre vifs (32). Des praticiens pouvaient être tentés de confondre des règles, qu'à leurs yeux plus rien ne distinguait, et de croire que c'était le même principe de bon sens qui faisait exiger, dans un testament visant à donner une vocation immédiate au légataire ou à l'héritier, la présence des conditions de validité, nécessaires au développement de ces effets, au moment de la confection. C'est pour les avertir que les compilateurs ont spécifié qu'il ne fallait pas traiter les institutions conditionnelles comme les legs conditionnels. Et peut-être ont-ils été invités à cette précision, parce qu'ils avaient trouvé un fragment d'Ulpien qui, isolé du contexte, y était favorable (33).

II

Il faut donc rendre justice aux compilateurs et reconnaître que, s'ils ont inséré quatre formules au Digeste, c'est qu'il y avait en droit romain quatre règles différentes : une pour les legs, une pour les institutions d'héritier, et deux autres plus générales. Chacune de ces formules a une sphère d'application particulière.

(32) Cf. p. 197 et ss.

(33) Notre théorie diffère de celle de Massol, en ce que nous ne croyons pas que les compilateurs aient interpolé le fragment d'Ulpien. A notre avis, ils l'auraient simplement séparé du contexte.

Mais la différence entre les formules se borne-t-elle là ? Et ces règles ne font-elles qu'appliquer à chaque institution un même principe : l'impossibilité de convalescence des nullités qui existaient à la confection, mais n'existent plus à la mort ? Il y aurait alors un principe très général : *quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere*, dont trois autres règles feraient des applications spécialisées à des institutions particulières.

La règle *quæ ab initio inutilis fuit institutio* ne s'appliquerait pas aux legs, ni aux tutelles testamentaires ; la règle Catonienne ne s'appliquerait, ni aux institutions d'héritier, ni aux libtés testamentaires : mais le principe *quod initio* s'appliquerait aux institutions, aux legs, aux libtés et aux tutelles. Les règles particulières ne répondraient qu'à un besoin de précision et il n'y aurait rien de plus en elles que dans la règle générale (34).

(34) SIMONCELLI: *Sulla Regola Catoniana*. (Studi per Schupfer. I.) p. 231. constate que c'est là l'opinion dominante dans la doctrine. Cette opinion a été soutenue avec une particulière énergie par HARNIER: *De Regula Catoniana*. p. 13, pour qui la règle Catonienne contient deux principes distincts :

1° La règle *quod initio* s'applique aux legs qui ne peuvent s'amender quand ils ont un initium vicieux.

2° L'initium d'un legs c'est le moment de la confection du legs.

Pour von VANGEROW: *Lehrbuch der Pandekten*. II. p. 540, aucun juriste romain n'a mis en doute l'application du principe *quod initio vitiosum* aux legs. Mais comme on peut hésiter sur le moment auquel il faut fixer l'initium d'un legs et être tenté de le placer à la mort du testateur, on a créé la règle Catonienne qui ôte tout doute. Le principe *quod initio*

III

Il est tout d'abord nécessaire de définir l'exacte portée du principe : *quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere.*

Qu'est-ce qu'un acte vicieux à l'initium ? Il n'apparaît pas que le mot *initium* ait un sens juridique particulier, différent de son sens général. De l'ensemble des textes, il ressort que l'initium, c'est le début, c'est le moment où un acte juridique commence son existence. Dans le principe *quod initio*, on ne trouve rien que ceci : lorsqu'un acte juridique est empreint d'un vice au moment où il est fait, le vice ne peut être purgé par le temps : l'acte aura toujours été mal commencé (35).

C'est là, avant d'être un principe juridique, un principe de simple bon sens ; il appartient à la sagesse des nations, avant d'appartenir au droit romain, et les philosophes grecs l'ont formulé bien avant Paul. On

n'est d'ailleurs pas plus absolu, dit de Vangerow, que la règle Catonienne; il ne s'applique pas, par exemple, aux stipulations conditionnelles. Pomponius: 31. D. 45-1. Voir également MACHELARD: *op. cit.* pp. 318-120. et VERING: *Geschichte und Pandekten.* p. 842.

(35) L'erreur de beaucoup d'interprètes a consisté à donner au mot *initium* un sens juridique particulier. Il y aurait dans un acte juridique un certain nombre de conditions dont la réunion formerait l'initium et cet initium ne serait pas un moment toujours placé à l'époque de la confection de l'acte juridique, mais pourrait être placé à un moment sur lequel on pourrait hésiter et qu'il appartient à la jurisprudence de fixer arbitrairement. C'est ainsi que pour FERRINI: *Teoria*

ne saurait concevoir un acte quelconque de l'homme qui n'y soit pas soumis.

Seulement la règle *quod initio* ne précise pas comment un acte juridique est vicieux à son initium. Est-il des éléments qui font toujours partie de l'initium et dont l'absence rend inévitablement un acte juridique nul dans son initium, et d'autres qui n'en font jamais partie ? L'initium a-t-il une composition fixe, qu'il suffit de connaître une fois pour toutes ?

Il existe certainement un élément qui est toujours requis à l'origine d'un acte juridique : il faut une déclaration de volonté. Si celle-ci n'a pas été librement donnée, l'initium de l'acte sera irrémédiablement vicié.

generale dei legati e dei fedecommissi. p. 546, l'initium d'un legs c'est le moment où le legs arrive à sa perfection : pour que l'initium ait lieu, il faut non seulement que les conditions de forme soient réunies, mais qu'il n'y ait aucun vice objectif et qu'existe la *testamenti factio*, aussi bien active que passive. Aussi est-il important de fixer avec soin à quel moment le legs se complète et se perfectionne.

Pour MACHELARD : *op. cit.* p. 540, la règle Catonienne fut destinée à sanctionner le triomphe de ceux qui plaçaient habituellement l'initium des legs au jour du testament ; alors, qu'ainsi que le dit von Vangerow (p. 540), tout portait à croire que, dans un legs, l'initium doit se placer au moment de la mort.

Pour tous ces auteurs, l'initium n'est donc pas simplement le début, moment toujours nécessairement placé à l'instant où a lieu la déclaration de volonté, mais le moment où un acte juridique prend force, *accipit vires*, moment qui se placera différemment, selon la nature de chaque acte juridique. C'est là, confondre l'initium avec le *dies cedens*, qui, lui, est l'instant auquel un acte juridique, dont les effets sont différés,

IV

Que l'acte soit soumis à des règles de forme, ou qu'il ne soit lié à aucune solennité, il ne peut pas prendre naissance si la volonté ne peut pas être exprimée. Un infans ne pourrait évidemment pas contracter un mariage, et son union ne sera pas validée, parce que, dans l'avenir, il sera capable d'avoir une volonté efficace. *Quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere*. Il y a là un principe absolument général qui s'applique aux actes sans forme, comme

devient parfait, *accipit vires*. Paulus: 26. D. 45-3, donne un sens voisin à *dies cedens* et à *vires accipere*, et CUJAS: XXXII *Dig. Jul.*, loi 9 de *opt. legat.* dit: *diem cedere legati et vires accipere, idem esse*. En vérité, l'initium est parfaitement indépendant du *dies cedens*, c'est un moment toujours contemporain de la confection et on ne saurait prétendre qu'un legs n'ait pas un initium avant le moment où il arrive à sa perfection, avant la mort. Comment s'appellerait donc le moment de la déclaration de volonté ? Un testateur incapable, *infans* ou *furiosus* ne pourrait faire une libéralité testamentaire sans se heurter au principe *quod initio*, sous prétexte que le legs ne serait parfait qu'au moment de la mort. C'est qu'avant il existe un initium. Quoi que prétende Von Vangerow, ce n'est pas parce qu'une stipulation est conditionnelle et n'est parfaite qu'à l'arrivée de la condition (Ulpianus: 213. D. 50-16), qu'elle est soustraite à la portée de *quod initio*. On peut affirmer, sans crainte d'erreur, que, si les paroles solennelles n'avaient pas été prononcées au moment de la confection, c'est en vain qu'elles le seraient à l'événement de la condition. La stipulation serait sans doute viciée dans un initium contemporain de la déclaration de volonté. Le principe *quod initio* pourrait être remplacé par *quod principio vitiosum*, sans que le sens soit changé. Festus: *De sign. verb. Initium*.

à tous les autres. Mais, dans les premiers, la *nuda voluntas* est parfois la seule condition dont la présence soit nécessaire à l'initium. Il n'est pas de règle de forme qui vienne s'y joindre. Du jour où la *nuda voluntas* peut s'exercer avec efficacité, l'acte prend immédiatement naissance (37).

Dans les actes formalistes, qu'ils soient entre vifs ou à cause de mort, il existe un second élément dont la présence est toujours exigée à l'initium. Il faut la

(37) MULLER: *Besteht die Catonianische Regel unserer heutigen Recht noch fort.* (Archiv. für die Civilistische Praxis. 1831-XIV) soutient que le principe *quod initio vitiosum* a été fait uniquement pour les actes solennels et ne trouve aucune application dans les actes sans forme. Si le libre et sérieux vouloir, dit-il, est exprimé, mais que toutes les conditions nécessaires pour que l'acte puisse extérioriser la volonté, qu'il contient, n'aient pas été réunies, il suffira, pourvu que le vouloir primitif persiste, que les éléments défailants au début viennent se joindre à la déclaration de volonté. C'est ce que prouveraient les sources : Justinianus: Constitution 25. C. V-16. Les donations entre époux peuvent être confirmées par le silence et la confirmation rétroagit. Papinianus: 42. D. 41-3. — La vente du fond dotal peut être confirmée *si tota dos lucro mariti cessit*. Dans ces deux cas, dit Muller, la validité de l'acte juridique est reportée au moment de la confection. La nullité est couverte; le principe *quod initio* ne s'est pas appliqué.

HARNIER: *De Regula Catoniana*. § 6, admet, au contraire, que le principe *quod initio* s'applique également aux actes sans forme. Quand un obstacle s'oppose à la validité de l'acte juridique au moment de la confection, l'acte ne peut s'amender dans l'avenir. Si la volonté persiste, jusqu'à la disparition des obstacles, l'acte n'est pas validé rétroactivement, mais commence seulement d'exister à ce moment. L'initium n'a lieu qu'à l'instant où l'acte peut être érigé sans se heurter à aucun obstacle. Pomponius: 4. D. 23-2. Ulpianus: 27. D. 23-2.

rencontre simultanée de la déclaration de volonté et des règles de forme. Celles-ci font toujours partie de l'initium, elles sont exigées au moment de la confection de l'acte et ne sauraient intervenir postérieurement. Il est bien certain qu'une mancipation faite sans témoins ne saurait être validée rétroactivement, parce qu'elle serait plus tard répétée dans les formes prescrites.

Paulus: 38. D. 23-2. Gordianus: Const. 6. C. V-4. Le principe *quod initio* s'applique donc bien ici comme partout ailleurs. Cf. également FERRINI: *Il Digesto Italiano*. V. Cotoniana.

Il semble qu'au premier abord, il soit difficile de décider, si le principe *quod initio* s'applique, ou ne s'applique pas, aux actes sans forme, puisque l'on peut trouver des textes aussi bien à l'appui d'une opinion que de l'autre.

En réalité, il n'y a aucune contradiction dans les textes et les difficultés qu'ont rencontrées les interprètes proviennent uniquement d'une mauvaise interprétation du mot initium. L'initium n'est pas le moment où un acte juridique est parfait, mais celui où cet acte commence son existence; c'est le début. Il n'est, il est vrai, qu'une condition qui soit toujours nécessaire pour qu'un acte juridique prenne naissance: la *nuda voluntas*, quand cet acte s'érige *nuda voluntate*. Mais dire qu'un acte s'érige *nuda voluntate*, c'est dire simplement qu'il n'est aucune forme qui soit nécessaire pour la confection de cet acte, mais ce n'est pas dire qu'il n'y ait aucune condition nécessaire pour son exécution. Si l'exécution est destinée à se produire immédiatement, les conditions nécessaires à sa validité seront requises à l'initium, puisque c'est aussi le moment de l'exécution. Contrairement à ce qu'affirme CICALA: *op. cit.* p. 91. n. 14, il peut y avoir dans un acte sans forme d'autres conditions que la *nuda voluntas*, qui soient nécessaires à l'initium. Si, par sa nature, l'acte juridique n'est susceptible d'être différé par aucun terme ou condition, il faudra bien que toutes les réquisitions néces-

On peut donc affirmer que le principe *quod initio* suffit pour exiger à l'initium une déclaration de volonté sans vice, et l'observation des formes nécessaires. Mais, à côté de ces deux éléments, il en est d'autres qui ne font pas toujours partie de l'initium.

saires au développement de ses effets soient réunies au moment de la confection. Les textes invoqués par Harnier concernent le mariage; on ne saurait concevoir un mariage parfait, s'il ne pouvait être exécuté que dans l'avenir. Un enfant contracte-t-il mariage alors qu'il n'a pas encore l'âge requis, il est bien certain que son union ne prend pas naissance, puisqu'elle ne peut pas être réalisée immédiatement. On ne peut imaginer un mariage à terme ou sous condition. Par sa nature le mariage exige la présence de toutes les exigences nécessaires au développement de ses effets au moment de l'initium. Si l'enfant vit avec sa compagne jusqu'au moment où il pourra légitimement se marier et qu'il en ait encore la volonté, le mariage prendra immédiatement naissance, mais sans rétroactivité: le principe *quod initio vitiosum* s'est appliqué dans toute sa rigueur, et la condition d'âge qui était exigée à l'initium n'a pas validé rétroactivement le mariage quand elle a été accomplie.

A la différence des textes qu'invoque Harnier, ceux sur lesquels s'appuie Müller, concernent des actes qui ne doivent pas nécessairement être suivis d'une exécution immédiate. Une donation entre époux, par exemple, ne doit pas s'exécuter immédiatement; au contraire, elle ne peut s'exécuter qu'à la dissolution du mariage, puisqu'elle se heurte jusque-là à la prohibition du législateur. La donation entre époux est un acte juridique valable en lui-même; seules des raisons particulières, de nature sociale, ont amené le législateur à faire une exception à la règle commune de validité des donations. GRADENWITZ: *Die Ungültigkeit der oblig. Rechtsgeschäfte*, p. 193. La condition de ne pas être adressée au conjoint n'est requise que pour la possibilité de l'exécution et non pour la validité de la donation. Faire une libéralité à un conjoint est un acte raisonnable qui se heurte à une

V

Les jurisconsultes romains distinguent ces éléments accidentels de l'initium en disant que leur absence rend l'acte *inutilis*, alors que les vices de la déclaration de volonté ou des formes le rendent *non datum* (38).

impossibilité d'exécution: il y a *inutile* et non pas *non datum*. Et comme la donation est par définition destinée à ne s'exécuter que dans l'avenir, lorsqu'elle s'adresse à un conjoint, elle peut prendre naissance. Les conditions de possibilité d'exécution ne font pas partie de l'initium d'une donation entre époux. La dissolution du mariage validera la donation. Mais le principe *quod initio* ne s'en applique pas moins, et si la déclaration de volonté du testateur avait été viciée, il est bien certain que la donation ne pourrait jamais s'amender.

Dans des actes juridiques différents, les mêmes conditions peuvent être exigées à des moments différents, mais, si elles ne sont pas réunies au moment où leur présence est requise, c'est en vain qu'elles se trouveraient rassemblées plus tard; l'acte juridique ne peut jamais *convalescere*. A celles qui sont exigées à l'initium s'applique le principe *quod initio*; quant aux autres il suffira qu'elles soient réunies plus tard, et l'acte juridique, que leur absence rendait *inutile*, pourra *convalescere*.

(38) KARLOWA: *Das Rechtsgeschäft und seine Wirkung*. p. 118, dit: si les exigences auxquelles est subordonnée la manifestation de volonté ne sont pas remplies, il y a *non datum*, *nullum negotium* dans le sens étroit. Mais, si elles existent, on peut toujours se demander si l'acte est en harmonie avec le droit: *juris ratio consistat*. Il peut toujours arriver qu'il reste un *inutiliter datum* et que l'acte n'arrive pas par la suite à la puissance souhaitée. Voir également: KRETSCHMAR: *Die Natur des Praelegats nach Römischen Recht*. p. 215. Cette distinction est faite avec précision par Celse: 1 § 1. D. 34-7, qui oppose les nullités qui rendent un *legs non datum* à celles qui le rendent *inutile*.

Un legs dénote-t-il une volonté viciée, il ne prend pas naissance, il est *non datum*. Au contraire, le testateur a-t-il poursuivi un but raisonnable, dont il pouvait espérer l'exécution, mais qu'un obstacle empêche de se réaliser, le legs a pris naissance, mais en vain : il ne sera pas exécuté, il est *inutile*.

Justinien énumère une partie des éléments dont l'absence rend une stipulation inutile *ab initio*, au titre de *inutilibus stipulationibus* dans les institutes (39). Ainsi on ne peut stipuler utilement Stichus qui est mort et qu'on croyait vivant, une *res sacra* ou *religiosa*, qu'on croyait susceptible d'appropriation, une *res publica*, un homme libre, qu'on croyait esclave, ou une chose qui vous appartient déjà.

On remarquera que dans tous ces cas la déclaration de volonté n'est pas viciée (40) ; l'auteur a pris

(39) §§ 1 et 2. Just. III-19.

(40) Il ne semble pas toutefois que les jurisconsultes romains aient fait nettement, la distinction entre l'*inutile* et le *non datum* en matière de stipulation. Sous la rubrique *De inutilibus stipulationibus* aux institutes, les compilateurs ont rangé des cas qui, dans un legs, seraient certainement considérés comme *non datum*. § 8 : *furiosus nullum negotium gerere potest*, § 5 : *præterea, inutilis est stipulatio, si quis ad ea quæ interrogatus erit, non responderit*. La distinction n'apparaît qu'au § 2 où la précision, *liberum hominem quem servum esse credebat*, ne peut avoir d'autre raison que d'opposer ce cas d'inutilité au *non datum* qu'il y aurait, si l'on avait su l'homme esclave. L'utilité de cette distinction est attestée par le texte de Celse (1 § 1. D. 34-7), qui précise que si le testateur savait sa volonté inexécutable, il y aurait *non datum* et non pas inutilité.

On peut trouver, dans cette absence de développement de la théorie de l'*inutile* et du *non datum* en matière d'acte entre

soin de spécifier que le stipulant croyait l'homme libre esclave, la *res sacra* profane ou le mort vivant. La stipulation a pu se former, mais elle ne peut avoir de suite.

Si le stipulant avait sciemment exigé une chose qu'il savait hors du commerce, l'acte n'aurait pas été *inutile*, mais *non datum*, parce qu'il n'y aurait pas eu de volonté sérieuse. Il y a inutilité, seulement lorsque l'acte peut prendre naissance, mais ne peut pas développer ses effets juridiques.

Les éléments, dont l'absence n'entraîne que l'inutilité, sont ceux qui ne sont pas nécessaires pour la confection de l'acte juridique. Doivent-ils se trouver réunis à l'initium, au même moment que ceux qui

vifs, la preuve qu'il ne faut pas chercher l'origine de cette distinction dans l'analyse des éléments de la déclaration de volonté comme le fait KARLOWA: *Das Rechtsgeschäft*. p. 119. Pour lui, il faudrait distinguer ce qui fait partie de la déclaration de volonté, et ce qui ne concerne que la validité de l'acte juridique. Cette distinction correspond bien en effet à la différence entre *inutile* et *non datum*, mais ce n'est pas elle qui l'a fait naître. Sans quoi, la théorie de l'*inutile* aurait dû se développer pour les actes entre vifs, comme pour les actes à cause de mort. Elle y aurait eu la même utilité.

Si elle n'a existé que pour les actes à cause de mort, c'est parce qu'elle a un fondement purement objectif et matériellement appréciable: le temps. La théorie de l'*inutile* et du *non datum* a été nécessitée par la déconcentration de l'acte juridique et sa formation successive. Cf. *supr.* Chapitre IV. L'*inutile*, c'est ce qui pourrait n'être exigé que dans l'avenir, par opposition à ce qui doit nécessairement être requis au moment de la confection. La théorie n'a pas été systématiquement développée dans l'acte entre vifs, parce que la formation successive y est accidentelle, tandis qu'elle est essentielle dans les actes à cause de mort.

sont indispensables à la naissance de l'acte juridique ? C'est ce que le principe *quod initio* ne précise pas.

En fait, tantôt ils sont exigés au moment de la confection de l'acte, à l'*initium*, tantôt, ils peuvent intervenir plus tard et confirmer, par leur arrivée, l'obligation qui était jusqu'alors en suspens.

Dans la stipulation, Justinien déclare que l'absence des éléments accidentels qu'il vient d'énumérer entraîne la nullité *ab initio* (41).

Au contraire, pour un legs conditionnel, il suffit que certains, parmi ces éléments de validité, se trouvent réunis au moment de l'arrivée de la condition (42).

VI

Il faut donc, pour la mise en œuvre du principe *quod initio*, que, pour chaque institution, une règle particulière vienne préciser quels sont les éléments qui font partie de l'*initium*, et dire si les conditions dont l'absence n'entraîne qu'une inutilité sont requises à ce moment, même lorsque l'acte juridique n'est destiné à produire ses effets que dans l'avenir. Les règles, *omnia quæ ex testamento, quæ ab initio inutilis fuit institutio* (43) et la règle Catonienne répon-

(41) § 2. Just. III-19.

(42) Paulus: 98. D. 35-1.

(43) La règle que formule Licinius Rufinus (210. D. 50-17), a bien le même domaine que la règle Catonienne; elle vise une institution d'héritier inutile et non pas une institution complètement nulle. Elle a le même but que la règle Catonienne : décider que les obstacles, qui ne s'opposeraient

dent affirmativement. La règle Catonienne dit : Si un legs était inutile au moment où le testateur a exprimé ses dernières volontés, il ne saurait devenir valable à quelque moment que le testateur meure. Et Celse, lui-même, a pris soin de spécifier que, si

qu'aux effets de l'institution d'héritier, ne doivent pas exister, au moment de la confection de l'acte.

MACHELARD: *op. cit.* p. 327, admet au contraire que cette règle ne contiendrait pas plus de précision que la règle *quod initio*. « Elle laissait le champ ouvert à l'interprétation pour discerner quels sont les éléments constitutifs de l'initium. »

« Au contraire, la règle Catonienne a l'inconvénient de couper court à cette discussion, en réduisant purement à une question de date, la question de savoir si un legs peut être efficace. »

« A l'occasion des institutions, les jurisconsultes, n'ayant à s'occuper que du point de vue d'un initium valable, ont raisonné plus librement que s'il savaient été astreints à la règle Catonienne ». Machelard apporte à l'appui de sa théorie un argument bien malheureux. On sait que les Sabinien et les Proculien (Gaius II-123), étaient aux prises, dans une controverse, sur le point de savoir quelle était l'influence de l'omission du *filius in potestate* sur le testament du père. Les Sabinien estimaient que le testament devait être nul parce que *statim ab initio non constiterit institutio*. Les Proculien, au contraire, admettaient une distinction : si le *filius præteritus* est mort avant le testateur, le testament sera valable. Machelard dit : « Les Proculien n'ont pu admettre cette solution libérale que grâce à la rédaction de la règle *quæ ab initio inutilis fuit institutio* ».

« Si elle (la règle Catonienne) eût été admise en cette matière, comment un Proculien aurait-il pu décider que la survie du testateur au fils autorisait à déclarer le testament valable, malgré l'omission du fils. »

Machelard s'embarrasse de scrupules qui ne devaient guère gêner les Proculien. Cette controverse est le pendant de

au lieu d'une inutilité, il y avait eu un *non datum*, ce n'est pas à la règle Catonienne qu'il aurait fallu se reporter (44).

Le principe *quod initio* et la règle Catonienne ont

celle que Gaius (II-244) rapporte au sujet de la règle Catonienne. Et les Proculiens font simplement preuve de la même indépendance vis-à-vis de la règle *quæ ab initio*, que Servius, vis-à-vis de la règle Catonienne, parce que la règle *quæ ab initio*, comme la règle Catonienne, aboutit à des résultats déraisonnables. De ce qu'elles ont soulevé les mêmes controverses, et se sont heurtées aux mêmes résistances, on est amené à conclure que la règle Catonienne et la règle *quæ ab initio*, ont des origines et des effets voisins.

Dans notre espèce, comme dans la controverse sur le sort du legs laissé à l'esclave de l'héritier, c'est avec raison que les Sabinien admettent la solution la plus sévère et Justinien leur donne raison. D'ailleurs Pomponius, déjà, dans le fragment 8. D. 28-2, cite une *sententia*, qui s'inspire, pour les institutions, du même principe que la règle Catonienne, pour les legs, et qui ne peut évidemment être que la règle *quæ ab initio*.

Cet exemple, au contraire de ce qu'en concluait Machelard, prouve que les institutions d'héritier sont soumises au même droit que les legs, et cela, non pas comme le croyait von Vangerow: *op. cit.* p. 508, en vertu de la règle *quod initio vitiosum*, qui aurait été l'équivalent de la règle Catonienne, mais en vertu de la règle *quæ ab initio*, dont la présence, comme celle de la règle Catonienne, s'explique ainsi, à côté du principe général.

On peut répondre à Machelard, pour reprendre sa formule, que la règle *quæ ab initio*, comme la règle Catonienne, a l'inconvénient de couper court à toute discussion, en réduisant purement à une question de date, la question de savoir si une institution peut être efficace. La règle *quæ ab initio*, renvoie à l'initium, la règle Catonienne au moment de la confection du testament : la date est la même.

(44) Celsus: 1 § 1. D. 34-7.

donc des significations bien différentes, et si le premier s'applique aux legs, il n'y exclut pas la nécessité de la règle Catonienne (45), qui régit seulement les obstacles de nature à empêcher le legs d'avoir ses effets et non à l'empêcher de prendre naissance.

Mais si cette différence d'objet justifie l'existence simultanée de la règle Catonienne et du principe *quod inilio*, elle ne justifie pas la nécessité de la règle *omnia, quæ ex testamento, proficiscuntur, ita statum eventus capiunt, si initium quoque sine vitio ceperint* (46), à côté de la règle Catonienne. C'est une règle qui vise sans doute également des cas d'inutilité, de nullité susceptible de disparaître après l'initium ; tout ce que contient le testament, c'est-à-dire : institutions d'héritier, legs, tutelles et libertés testamentaires, doit avoir un initium pur de tout vice pour valoir dans l'avenir.

Cette règle ne suffisait-elle donc pas à décider que les éléments, qui ne sont nécessaires qu'au développement des effets d'un legs, sont exigés à l'initium, pour qu'il ait aussi fallu édicter la règle Catonienne ?

Si la présence de la règle Catonienne à côté de la règle *omnia quæ ex testamento* a été indispensable, c'est que ces deux règles n'ont sans doute pas tout à fait la même signification.

Et en effet, dans un même acte juridique les différentes exigences, qui ne sont nécessaires que pour le développement des effets de l'acte, ne doivent pas

(45) ARNDTS: *op. cit.* p. 216. ENNECERUS: *Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin.* p. 225.

(46) Javolenus: 201. D. 50-17.

nécessairement se trouver toutes réunies au même instant.

Ainsi, il est certains des éléments que Justinien cite dans les institutes, au titre *de inutilibus stipulationibus*, comme entraînant l'inutilité irrémédiable du contrat par leur absence à l'initium, qui peuvent valablement dans une stipulation conditionnelle n'exister qu'à l'arrivée de la condition (47).

Quelqu'un est libre de stipuler sa propre chose sous condition : l'acte sera en suspens parce que la chose peut cesser d'appartenir au stipulant avant l'arrivée de la condition. Si alors, elle ne lui appartient plus, l'obligation devra être exécutée.

Au contraire, si quelqu'un stipule, même sous condition, un homme libre, il n'y aura pas naissance d'un rapport juridique en suspens, bien que l'homme libre puisse devenir esclave avant l'arrivée de la condition (48).

VII

Parmi les éléments de l'acte juridique exigés seulement pour éviter une inutilité, on distingue donc deux catégories qui subissent un traitement différent.

(47) Il n'est pas nécessaire que l'objet de la stipulation soit sorti du patrimoine du stipulant avant l'arrivée de la condition. Pomponius: 31. D. 45-1. Marcellus: 98. D. 45-1.

(48) Paulus: 83 § 5. D. 45-1, dit que la stipulation d'une *res religiosa* ou d'un homme libre est nulle et ne fait aucune restriction pour le cas d'une stipulation conditionnelle. Venuleius 137. § 6. D. 45-1, dit que si l'on stipule une *res religiosa*, *nullius momenti fore stipulationem*.

Sont-elles toutes deux soumises à la règle Catonienne?

Nous savons que la règle Catonienne ne s'applique pas aux legs conditionnels (49). Quand nous constatons que certains des éléments qui n'entraînent que l'inutilité d'un legs sont exigés à l'initium même si la disposition est conditionnelle, ce ne peut être en vertu de la règle Catonienne. Et il est bien un certain nombre de cas dans lesquels nous trouvons cette exigence.

C'est celui, par exemple de la *testamenti factio* du légataire. Pour pouvoir bénéficier d'un legs, il faut avoir la *testamenti factio* avec le testateur (50). C'est cette *testamenti factio* que l'on appelle souvent passive. C'est là une capacité bien différente de celle qui est exigée de la part du testateur. On ne saurait concevoir un legs fait par un individu qui n'a pas la *testamenti factio* : le legs ne prendrait pas naissance, et le principe *quod initio* empêcherait à jamais la convalescence de ce legs. Mais le legs est une déclaration unilatérale de volonté : celle-ci ne peut être viciée qu'en la personne du testateur. Le manque de *testamenti factio* chez le légataire n'influera pas sur elle, parce qu'il n'y a pas de contrat entre le testateur et le légataire. La *testamenti factio* du légataire n'est donc pas requise pour la validité de la déclaration de volonté.

On ne saurait non plus prétendre que la capacité du légataire soit un élément de la solennité du legs (51), et qu'elle doive comme les autres conditions

(49) Papinien: 3. D. 34-7.

(50) 24. Just. II-20.

de forme nécessairement exister au moment de la déclaration de volonté pour que l'acte puisse prendre naissance. C'est une condition qui n'est requise que pour l'acquisition du legs et dont l'absence n'entraîne qu'une inutilité. Nous en trouvons la preuve certaine dans l'époque à laquelle elle est exigée. Alors que dans le testament romain l'observation des règles de forme est uniquement nécessaire au moment de la confection du testament et non pas à l'exécution, au contraire, les exigences indispensables au développement des effets juridiques du testament sont requises non seulement au moment de la confection mais aussi au moment où se produisent ces effets.

VIII

C'est la théorie des *tria tempora* (52). Il faut qu'un héritier ait la *testamenti factio*, au moment de la

(51) ARNDTS: *Ueber die Catonianische Regel*. p. 210, dit que celui qui n'avait pas le *commercium* avec la cité romaine ne pouvait avoir aucun rôle dans l'érection solennelle d'un testament, et le legs fait à un individu qui n'avait pas là *testamenti factio* était nul, d'après les formes étroites du testament, il était *non datum*. Il est certain que qui n'avait pas le *commercium* avec la cité romaine ne pouvait avoir aucun rôle dans un acte solennel comme le testament. Mais on ne peut pas prétendre que le légataire ait un rôle quelconque à l'érection d'un testament; il n'y apparaît pas un instant. On peut déjà difficilement soutenir que, dans le droit classique, l'héritier institué participe à l'érection du testament. KARLOWA: *Das Rechtsgeschäft*. op. cit. p. 124. WINDSCHEID: *Pandekten*. III. 549. A plus forte raison doit-on repousser cette opinion pour le légataire.

(52) SAVIGNY: *Traité de droit Romain*. (Traduction Guenoux), VIII, p. 448.

confection, au moment de la mort et au moment de l'adition d'hérédité (53).

Mais on peut faire abstraction du moment de l'adition, qui n'est séparé que par un court intervalle du moment de la mort, et dire, comme les jurisconsultes romains : *duobus temporibus inspicitur* (56).

La théorie des *tria tempora* n'est pas spéciale à la capacité de l'héritier institué. La *testamenti factio* du légataire est également nécessaire au moment de la confection et au moment de la mort. Et, en dehors des règles de capacité, il est nécessaire qu'un objet soit dans le commerce au moment de la confection et au moment de la mort (54). Dans tous ces cas, il

(53) Florentinus: 50 § 1. D. 28-5. Nous trouvons là, la condamnation de la théorie de KARLOWA: *Das Rechtsgeschäft*. p. 114, qui admet que, bien que l'héritier institué n'ait pas de rôle au testament, sa capacité est cependant un élément requis dans la déclaration de volonté. Si elle est exigée au moment de la confection, c'est qu'elle est requise en la personne du testateur plus qu'en celle de l'héritier. Le testateur doit, non seulement avoir la capacité de faire un testament, mais celle d'instituer. On trouve un cas analogue dans l'exigence de la propriété quiritaire de l'objet d'un legs *per vindicationem* au moment de la confection du testament. Cette exigence appartiendrait également à la capacité du testateur de faire un legs.

Il est bien évident que, si la *testamenti factio* passive de l'héritier et la propriété quiritaire de l'objet d'un legs *per vindicationem*, étaient des éléments, non pas du contenu de l'acte, mais de la déclaration de volonté, elles ne seraient pas exigées aux *tria tempora* seulement, mais devraient se maintenir constamment, depuis la confection, jusqu'à la mort, comme la *testamenti factio active*.

(54) Ulpianus: 41 § 2. D. 30.

n'est pas utile que les conditions qui sont requises au moment de la confection et au moment de la mort se maintiennent pendant toute la vie du testateur : *media tempora non nocent* (55). Si je lègue une chose qui est dans le commerce, il importe peu qu'entre la confection du testament et ma mort elle devienne une *res sacra*, pour peu qu'elle soit à nouveau profane quand le testament devra s'exécuter. Aucun lien ne réunit les deux termes confection et exécution, et c'est pour deux raisons bien différentes que les exigences sont requises à l'initium et à la mort. *In duobus temporibus inspicitur, testamenti quidem facti, ut constiterit institutio, mortis vero testatoris, ut effectum habeat* (56).

C'est en vertu de la règle Catonienne et des principes voisins qu'on se reporte au moment de la confection, et c'est la logique même des choses qui oblige, pour savoir si l'exécution est possible, à se reporter à la mort.

Au contraire, les conditions de forme ne sont exigées qu'à l'initium, *ut constiterit testamentum* ; peu importe qu'elles ne soient pas remplies à la mort. Un sourd ne peut faire un testament valable ; mais s'il l'a fait alors qu'il pouvait encore entendre, peu importe que la surdité advienne par la suite (57). Il est bien certain que la *testamenti factio* du légataire

(55) 4. Just. II-19. *Medio autem tempore inter factum testamentum et mortem testatoris vel condicionem institutionis existentem mutatio juris heredi non nocet.*

(56) 4. Just. II-19.

(57) Gaius: 6. D. 28-1.

et la nécessité que l'objet du legs soit dans le commerce, ne sont pas des exigences de la forme du testament. Étant soumises à la théorie des *tria tempora*, elles sont nécessaires essentiellement au moment de la mort, *ul effectum habuerit*. Leur absence à l'initium n'entraîne que l'inutilité de l'acte et non pas son inexistence.

Cependant, la règle Catonienne, qui s'applique quand un legs est inutile, ne régit ni la *testamenti factio* passive du légataire, ni les legs d'objets complètement hors du commerce.

Il est des textes nombreux qui excluent absolument l'idée qu'on puisse faire utilement un acte juridique quel qu'il soit, lorsqu'il porte sur une chose *extra commercium* (58). Une chose qui est hors du commerce ne peut en aucune façon être l'objet d'une obligation. Alors que la règle Catonienne ne s'applique pas dans les legs conditionnels, l'exigence de la commercialité de l'objet est aussi absolue dans un legs conditionnel que dans un legs pur et simple.

La question de l'application de la règle Catonienne à la *testamenti factio* du légataire est beaucoup plus

(58) Ulpianus: Reg. XXIV-9, dit qu'un tel legs : *dari non potest*, et au fr. 39 § 8. D. 30, il dit qu'un tel acte serait l'acte d'un *furiosus*. On ne saurait croire qu'une condition puisse dès lors valider un tel legs. D'ailleurs Justinien, § 2 aux Institutes III-18, dit qu'une stipulation de chose sacrée n'est pas en suspens, parce qu'on peut espérer que l'objet deviendra profane. Enfin Paul, dans le fr. 83 § 5. D. 45-1, précise que : *casum adversamque fortunam spectari hominis liberi neque civile neque naturale est*. Une chose *extra commercium* ne peut donc pas être l'objet d'une obligation.

controversée. On invoque deux textes qui prouveraient que, dans les legs conditionnels, la *testamenti factio* passive n'est exigée qu'à la mort. Mais, il est bien évident que ces deux textes ne concernent que le *jus capiendi* et ne sauraient rien prouver pour la *testamenti factio* (59).

Nous n'avons aucun autre texte qui permette de penser que, dans les legs conditionnels, la capacité du légataire soit exigée moins sévèrement que dans les legs purs et simples. Au contraire, Justinien énonce l'idée que celui qui n'a pas la *testamenti factio* ne peut absolument pas être gratifié dans un testament, et il ne fait aucune réserve pour les legs conditionnels (60). D'autre part, Celse, après avoir déclaré que l'institution de celui qui n'a pas la *testamenti factio* à l'initium est toujours nulle, spécifie qu'il en est de même pour les legs (61). N'en doit-on pas nécessairement conclure que la *testamenti factio* du légataire est requise à l'initium même dans les legs condi-

(59) MODESTINUS : *In tempus capiendæ hereditatis institui heredem posse benevolentia est, veluti Lucius Titius cum capere potuerit, heres esto: idem et in legato.* (63. D. 28-5.) Dans ce texte, il ne s'agit pas de la *testamenti factio*, mais du *jus capiendi* qui ne concerne que la capacité exigée par les lois caducaires. On ne pourrait cependant l'affirmer, — car le mot *capere* n'est pas toujours employé dans ce sens restreint. Cf. ROSSHIRT: *Vermächtnisse*, p. 416, — si le sens de *capere* n'était ici confirmé par le fragment 52. D. 31, de Terentius Clemens (*ad legem Juliam et Papiam*), qui donne la même solution dans un cas où elle est évidemment restreinte aux lois caducaires.

(60) 24. Just. II-20.

(61) Celsus: 60 § 4. D. 28-5.

tionnels, puisqu'il est bien certain que la *testamenti factio* passive de l'héritier est toujours nécessaire à l'initium ?

On peut encore trouver un argument dans les textes sur les legs d'usufruit. Au point de vue de la règle Catonienne, ceux-ci sont traités comme des legs conditionnels. En effet le *dies cedens* d'un legs d'usufruit ne se place pas à la mort du testateur, mais à l'addition d'hérédité (62). Comme, d'après la formule de Papinien, la règle Catonienne est exclue de tous les legs dont le *dies cedens* se place seulement à l'addition d'hérédité (63), la règle Catonienne ne s'applique pas aux legs d'usufruit. Si la *testamenti factio* du légataire était exigée au moment de la confection, en vertu de la règle Catonienne, un incapable, un pérégrin, par exemple, pourrait acquérir un legs d'usufruit, dès lors qu'il serait citoyen au moment du *dies cedens*, et c'est une solution que rien ne permet d'admettre.

On peut affirmer avec une quasi certitude que, si la *testamenti factio* passive est exigée à l'initium, ce n'est pas en vertu de la règle Catonienne (64).

Voilà deux obstacles n'entraînant que l'inutilité d'un legs : le manque de *testamenti factio* passive et l'absence d'un objet dans le commerce, qui ne sont pas régis par la règle Catonienne. Comme ce n'est pas non plus le principe *quod initio* qui décide que

(62) F. V. 60. et Ulpianus: 1 § 2. D. 7-3.

(63) Papinianus: 3. D. 34-7.

(64) Cf. cependant WINDSCHEID: *Pandekten* III. § 638.

ces deux conditions sont requises à l'initium, il faut qu'une règle spéciale, régissant aussi bien les legs conditionnels que les legs purs, exige la présence de la *testamenti factio* et du *commercium rei* au moment de la confection. Ce ne peut être que la règle *omnia, quæ ex testamento proficiscuntur, ita statum eventus capiunt, si initium quoque sine vitio ceperint* (65), dont on comprend ainsi l'utilité aux côtés de la règle Catonienne.

IX

Si l'on trouve ainsi trois règles différentes, *quæ ab initio inutilis fuit institutio* (66), *omnia quæ ex testamento*, et la règle Catonienne, qui, dans un même acte juridique : le testament, exigent à l'initium des réquisitions différentes, c'est qu'on peut trouver, dans

(65) Javolenus: 201. D. 50-17.

(66) La nécessité de la règle de Licinius Rufinus, *quæ ab initio inutilis fuit institutio, ex postfacto convalescere non potest*. 210. D. 50-17, n'apparaît pas très clairement à côté de la règle *omnia quæ ex testamento*. Il ne semble pas, en effet, que dans les institutions d'héritiers, il puisse y avoir, comme dans les legs, deux catégories d'inutilités, traitées différemment. Le seul cas d'inutilité qui paraisse pouvoir se présenter est le défaut de *testamenti factio* chez l'héritier; une seule des deux règles suffisait à prévoir ce cas. Nous croyons que l'existence simultanée des deux règles ne peut s'expliquer, que par une différence de date entre elles. La règle la moins générale a peut-être été formulée la première: le mouvement de synthèse, allant inévitablement du particulier au général, il a fallu une jurisprudence plus évoluée pour résumer le droit qui régit tout ce qui est dans le testament que pour résumer seulement le droit qui régit les legs ou les institutions d'héritier.

un acte juridique, plusieurs catégories d'éléments qui ne doivent pas nécessairement être réunis au même moment (67).

Il y a des réquisitions nécessaires pour qu'un acte juridique prenne naissance : la capacité de vouloir et la forme prescrite pour la déclaration de volonté. Ce sont ces deux éléments dont l'absence rend un acte *non datum*. Il est évident que ces deux éléments sont toujours nécessairement exigés à l'initium, et en vertu du seul principe *quod initio*.

Il y a des réquisitions nécessaires à la possibilité juridique du contenu : il faut que l'objet du droit soit susceptible d'appropriation ; il faut, dans un acte formé par déclaration unilatérale de volonté, que l'individu, sur la tête de qui doit naître le droit soit capable. Ce sont là deux exigences dont l'absence n'empêche pas l'acte de se former, mais qui s'opposent à la naissance de tout rapport juridique. La règle *omnia quæ ex testamento* exige la présence de ces réquisitions à l'initium.

Il y a des réquisitions nécessaires, pour que le rapport juridique né de l'acte puisse produire les effets désirés. Il faut que le créancier puisse acquérir l'objet qui lui était promis. C'est à cette dernière exigence seule que s'applique la règle Catonienne.

Les deux dernières catégories d'exigences ne sont donc pas requises pour la validité de l'acte juridique,

(67) JHERING: *Geist des Römischen Rechts*. IV. pp. 162 et ss.
KARLOWA: *Das Rechtsgeschäft und seine Wirkung*. CICALA :
Vecchi e nuovi pregiudizi di Scuola, p. 22. ENNECERUS: *Das
Rechtsgeschäft*. p. 223.

mais bien plutôt pour la validité du rapport juridique auquel l'acte doit donner naissance.

X

Ainsi il a fallu plusieurs règles, pour que les deux dernières catégories de réquisitions soient exigées au moment de la confection dans un acte à cause de mort. Dans un acte entre vifs, le même résultat est obtenu, sans qu'intervienne aucune règle particulière. Le seul principe *quod initio* a suffi pour décider que, quelque soit l'obstacle qui s'oppose à sa validité, un contrat *inutile* au moment de l'*initium* ne pourra pas s'amender dans l'avenir. Et n'est-ce pas en effet de toute évidence ? Sauf lorsqu'un contrat est affecté d'une modalité, la confection de l'acte juridique, la naissance du rapport juridique et son exécution ont lieu simultanément. Il est donc indispensable que tous les éléments nécessaires à la validité du contrat et au développement de ses effets soient réunis au même moment : à l'*initium* (68).

Mais, dès lors qu'un acte juridique n'est destiné à produire ses effets que dans l'avenir, n'est-il pas naturel de distinguer entre les éléments nécessaires à sa confection et ceux qui n'intéressent que ses effets ? Et ne suffit-il pas que ceux qui ne touchent qu'à la

(68) Venuleius: 137 § 6. D. 45-1, *non enim secundum futuri temporis jus, sed secundum præsentis æstimari debet stipulatio*. Paulus: 78. D. 45-1. *quia in stipulationibus id tempus spectatur quo contrahimus*. Paulus: 26. D. 45-3, *ex præsenti accipit vires stipulatio*. Toutes ces solutions ne sont pas motivées sur une règle mais simplement sur le bon sens.

possibilité du contenu et à la possibilité de l'exécution soient réunis au moment où ces effets doivent se produire ? Nous ne saurions mieux faire que reprendre la comparaison d'Enneccerus (69) :

Si je ne puis jeter une pierre que de telle façon qu'elle tombe immédiatement à terre, celui-là seul qui se trouvera à l'endroit même pourra la recevoir ; si au contraire je puis la jeter de telle façon qu'elle ne retombe que longtemps après, quelqu'un pourra arriver pendant qu'elle était en l'air et la recevoir avant qu'elle n'ait touché terre.

De même si l'acte juridique que je veux faire ne doit produire ses effets que dans vingt ans, ne suffira-t-il pas qu'alors aucun obstacle ne s'oppose à ces effets ?

C'est cette solution qui a prévalu dans les actes juridiques les plus modernes, dans les fidéicommiss par exemple. Dans un fidéicommiss, l'exécution de la libéralité ne doit avoir lieu qu'après la mort du disposant. Aucun rapport juridique ne naît entre le disposant et le bénéficiaire du fidéicommiss avant la mort. Il ne naît un *spes debitum iri* (70), qu'au moment du *dies cedens* du fidéicommiss. Comme le fidéicommiss est une déclaration unilatérale de volonté, la capacité du bénéficiaire n'est pas requise comme dans un contrat pour que l'acte puisse prendre naissance, mais uniquement pour que le droit à la libéralité puisse se fixer sur la tête du bénéficiaire. La

(69) ENNECCERUS: *Rechtsgeschäft*, p. 223.

(70) BUFNOIR: *Théorie de la condition*, p. 319, '.

capacité du bénéficiaire n'est pas une exigence de la déclaration de volonté, elle fait partie du contenu de l'acte juridique. Bien que les textes sur les fidéicommiss aient été mutilés par les compilateurs à la suite de l'assimilation des legs et des fidéicommiss, il en reste encore un qui prouve que la capacité du bénéficiaire n'était exigée qu'à la mort (71). Ulpien suppose un fidéicommiss laissé à l'esclave d'un déporté. Il sera attribué au fisc, à moins que le maître n'ait été restitué avant la mort du disposant, auquel cas la libéralité reviendrait au maître du gratifié. En effet, depuis Hadrien (72), les fidéicommiss laissés à un pérégrin doivent être attribués au fisc. Ce qui fait que l'esclave du déporté ne peut pas acquérir le fidéicommiss, c'est que son maître est incapable de lui prêter la capacité nécessaire. Mais il suffit pour l'acquisition que cette capacité existe à la mort du disposant. Le fidéicommiss n'était pas nul *ab initio*. La règle *omnia quæ ex testamento* ne s'applique pas aux fidéicommiss ; à plus forte raison la règle Catonienne ne s'y applique-t-elle pas non plus. Si les exigences nécessaires à la naissance du rapport juridique que doit produire un fidéicommiss ne sont pas indispensables à l'initium, il est bien certain que celles qui ne sont requises que pour son exécution suffiront au moment de la mort.

Il est facile de concevoir qu'il n'ait été besoin d'aucune règle particulière pour imposer une solution qui,

(71) Ulpianus: 7. D. 32.

(72) Gaius: II-285.

comme celle-là, découle de la logique des faits (73).

Mais dans les testaments on agit au contraire, comme si les dernières volontés du disposant devaient être suivies d'une exécution immédiate, comme si le testateur devait mourir aussitôt après la confection du testament. Les testaments sont, ainsi, au contraire des fidéicommiss, soumis au même droit que les actes entre vifs.

S'il apparaît clairement que des règles particulières étaient nécessaires pour imposer une solution aussi contraire au bon sens et à la réalité des faits, il est difficile de comprendre pourquoi c'est cette solution qui a prévalu. La règle *omnia quæ ex testamento*, la règle *quæ ab initio inutilis fuit institutio* et la règle Catonienne, ne pouvant s'expliquer par une raison de logique juridique (74), il est nécessaire de rechercher ailleurs leur origine.

(73) Mæcianus: 18 § 1. D. 49-17, *hi vero, qui non statim quidem, sed postea efficere solent, eo tempore animadvertentur, quo habere effectum consuerunt.*

(74) MASSOL: *Principe rationnel de la règle Catonienne: loc. cit.*, soutient qu'il est naturel d'exiger au moment de la confection toutes les conditions de validité nécessaires à l'exécution et que la règle Catonienne est conforme à la logique juridique. Il en voit une preuve dans ce qu'elle serait toujours appliquée dans les droits modernes. Mais c'est là une affirmation sans fondement. En effet, la règle Catonienne, elle-même, ne pourrait que rarement s'appliquer dans le droit moderne, parce que le principal obstacle qui donnait lieu à application de la règle provenait des relations de maître à esclave qui existaient entre le légataire et l'héritier. En droit Français, l'application de la règle Catonienne est même complètement impossible, parce que le seul autre cas d'ap-

plication de la règle Catonienne: le legs de la propre chose du légataire ne peut se présenter depuis que le Code Civil a défendu dans l'article 1021 le legs de la chose d'autrui. Mais même si l'on donne à la règle Catonienne l'étendue démesurée qu'on lui attribuait avant le XIX^e siècle et qu'on la considère comme régissant les règles de capacité du légataire, on doit reconnaître que les auteurs coutumiers, qui n'étaient pas entravés par le respect de la tradition romaine, rejetaient toute application de la règle Catonienne et se contentaient de la capacité du légataire au jour de la mort. RICARD: *Donations*, première partie. n° 829 et 830. FURGOLE: *Testaments*, I. p. 361. n° 46. MERLIN: *Répertoire*. V. Légataire § 3, n° 1. Il n'est pas douteux que le Code Civil ait suivi leur opinion; en effet l'art. 906, alinéa 2, admet qu'on peut recevoir un legs à condition d'être conçu au moment du décès du testateur. S'il n'est pas nécessaire que le légataire Dans le droit Autrichien, la règle ne s'applique pas non plus; UNGER: *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts*. VI. § 60. p. 267. Elle ne s'applique pas davantage dans le droit Italien. SIMONCELLI: *op. cit.* p. 236. VANNI: *Di un effetto della Regola Catoniana*, (Archivio Giuridico XXXI) p. 268, Elle ne s'applique pas dans le droit Allemand; l'article 2171 du code civil l'a expressément abrogée. SOHM: *Institutionen*. pp. 627 et 628. COSACK: *Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts*. II. pp. 780-781. Avant la promulgation du code civil, la question de l'application de la règle Catonienne était controversée. WINDSCHEID: III. § 638, considérait alors la règle comme applicable.

CHAPITRE III

ORIGINE DE LA RÈGLE CATONIENNE

Dès lors qu'il existe trois règles différentes, toutes trois d'origine mystérieuse, qui soumettent des institutions différentes au même droit illogique : — la nécessité de la présence de toutes les conditions de validité des actes juridiques, au moment de l'initium, même quand ils sont destinés à produire leurs effets dans l'avenir, — il faudra rejeter toute théorie qui ne rendrait compte que de la création d'une seule de ces règles. Il est, en effet, infiniment probable que la règle Catonienne, le fragment 210 et le fragment 201 répondent aux mêmes besoins. On ne peut donc pas attribuer à la règle Catonienne des causes accidentelles, particulières aux legs, et, il est impossible de voir, dans son apparition, une singularité juridique (1).

(1) C'est HARNIER: *de Regula Catoniana*, pp. 13 et ss, qui exprime le plus nettement cette opinion: il déclare que la règle Catonienne est une subtilité juridique reçue contre la raison, et qu'elle ne doit pas être poussée dans ses con-

I

Cependant, l'opinion qui a, aujourd'hui, la faveur des interprètes les plus récents (2), fait de la règle Catonienne la marque des préventions particulières de la seconde moitié du VI^e siècle contre l'abus des legs.

M. Appleton croit que la règle Catonienne serait un expédient de la pratique destiné à entasser devant le testateur, trop porté à faire par d'innombrables legs des largesses qui ne coûteraient qu'à ses héritiers, des causes de nullité qui pouvaient diminuer quelque peu le nombre des legs. Le nom de Caton, qui est demeuré attaché à la règle, est particulièrement suggestif. Le célèbre conservateur a, en effet, montré, par ailleurs, qu'il était très hostile à une liberté testamentaire illimitée (3).

Le moyen qu'il a employé pour réagir contre l'abus des legs était peut-être bien machiavélique, et n'atteignait son but que par une voie détournée et hasardeuse ; mais la loi Furia et la loi Voconia, qui pour-

séquences. Cf. aussi CICALA: *op. cit.* p. 88. C'est pour cela que les jurisconsultes classiques seraient défavorables à la règle. Mais HARNIER, lui-même, ne peut pousser sa théorie jusque dans ses extrêmes conséquences, et, quelques pages plus loin (pp.23-24), il déclare que la règle Catonienne est *communis juris ratio*, parce qu'elle est un effet normal du formalisme.

(2) CH. APPLETON: *op. cit.* p. 135. CICALA: *op. cit.* p. 154. PEROZZI: *Instituzioni di diritto romano*. II. p. 553.

(3) Intervention dans le vote de la loi Voconia. CICERON: *De Senectute*. V-14.

suivaient les mêmes fins, n'ont pas procédé beaucoup plus franchement et leur résultat ne pouvait guère être plus efficace.

Cette explication a le grave inconvénient d'être limitée aux seuls legs, et, si la défaveur envers les legs avait inspiré la règle Catonienne, l'incontestable faveur dont jouissait l'héritier institué au VI^e et au VII^e siècle aurait du faire rejeter absolument la règle *quæ ab initio inutilis fuit institutio* et toute la théorie des *tria tempora*.

N'est-il pas, d'ailleurs, bien évident, qu'une règle ne peut pas introduire de droit nouveau et que le droit que résume la règle Catonienne devait exister avant elle ? Il est impossible qu'une règle ou un responsum ait pu s'élever contre la réalité des faits et remplacer par une règle absurde des principes de bon sens et de logique juridique dès longtemps établis. Pour faire prévaloir ses instincts conservateurs, Caton a-t-il dû se montrer révolutionnaire ? Un responsum aurait, sans doute, pu introduire du droit nouveau, mais à condition que se posât une question nouvelle. Et il n'est pas possible que la question de la validité des legs ne se soit posée qu'au VI^e siècle. Les legs existaient certainement depuis déjà longtemps quand Caton a formulé sa règle.

Caton a peut-être été poussé à formuler la règle Catonienne par sa haine de la liberté testamentaire, mais il ne peut y avoir là qu'une cause occasionnelle, et certainement le principe qui est à la base de la règle existait dans la pratique avant Caton (4).

(4) Cuq: *Manuel*. p. 775.

II

Guyet reconnaît que la règle Catonienne n'a pas une cause accidentelle (5) ; il admet que cette règle ne contient pas une singularité et que son résultat, qui n'est en aucune façon arbitraire, provient uniquement de la forme dans laquelle les legs étaient laissés. Les conditions de validité, quelles qu'elles soient, sont exigées pour tout ce que contient un testament, au moment de la confection, parce que le testament est un acte formaliste. Si, au contraire, la libéralité était laissée dans un acte sans forme, dans un fidéicommiss, elle serait soustraite à la rigueur de la règle Catonienne.

Mais pourquoi le formalisme aurait-il exigé que les conditions uniquement nécessaires à l'exécution d'un legs soient réunies au moment de la confection. Ce que le formalisme exige, au moment de la déclaration de volonté, c'est uniquement l'accomplissement des formalités.

Il est vrai que la règle Catonienne ne s'applique pas aux actes sans forme ; mais elle ne s'applique pas, non plus, à tous les actes formalistes. La présence des conditions requises pour l'exécution au moment de l'initium n'est pas plus nécessaire dans une stipulation ou dans un legs conditionnel que dans un fidéicommiss ; ce sont cependant là des actes formalistes.

(5) GUYET: *Ueber die Anwendbarkeit der Catonianischen Regel auf Vermächtnisse einzelner Sachen.* (Abhandlungen aus dem Gebiete des Civilrechts. V. Abhand.) p. 108.

Enfin, le formalisme n'est pas particulier au droit romain primitif ; le testament à l'époque classique est solennel, comme l'était le testament *calatis comitiis*, et il est bien certain pourtant, qu'à l'époque classique, la règle Catonienne n'est pas considérée comme conforme à la nature du testament, et qu'elle n'est plus appliquée toutes les fois qu'elle n'est pas imposée par la tradition (6).

Si les fidéicommiss ne sont pas soumis à la règle Catonienne, ce n'est pas parce qu'ils sont sans forme, mais parce que, comme tous les actes juridiques non solennels, ils sont apparus tardivement, dans un droit très évolué, dans lequel la règle Catonienne n'avait plus sa raison d'être.

De même qu'il faut rejeter toute théorie qui ne rendrait compte que de la règle Catonienne, il faut aussi rejeter les explications qui font de cette règle un principe logique, même à l'époque classique (7).

(6) Cf. p.

(7) ENNECCERUS: *op. cit.* p. 228, propose l'explication suivante : quand un testateur dicte ses dernières volontés, il peut avoir en vue, soit sa mort imminente, et prendre ses dispositions comme si elles devaient s'exécuter immédiatement, soit une longue survie et faire des libéralités momentanément irréalisables. Si le testateur était dans le premier de ces deux états d'esprit, il est certain que, pour respecter sa volonté, il faudrait considérer comme définitivement nuls les legs qui auraient été inutiles au moment de la confection du testament. C'est là ce que veut dire GAIUS (II-244), lorsqu'il écrit : *quia quod nullas vires habiturum foret, si statim post testamentum factum decessisset testator, hoc ideo valere, quia vitam longius traxerit, absurdum esset*. Si au contraire, le testateur espérait ne mourir que plus tard, il serait juste

III

Il est raisonnable, dans un acte à cause de mort, d'exiger la présence des conditions nécessaires à la validité du contenu de l'acte juridique et à son exécution au moment de la mort. Mais il est déraisonnable de l'exiger, comme le fait, en droit romain, la théorie générale des *tria tempora*, à plusieurs moments diffé-

de tenir pour valables des legs qui ne l'étaient pas au moment de la confection. C'était, sans doute, l'opinion de Servius (Gaius, II-244). Mais comment savoir dans quel état d'esprit était le testateur au moment de la confection du testament? On ne peut se livrer à des recherches psychologiques pour chaque cas: elles seraient, sans doute, singulièrement complexes et presque toujours vaines. Caton a résolu cette difficulté en édictant une présomption: quand un legs est conditionnel, c'est que le testateur ne veut son exécution que dans l'avenir; il suffit donc que la disposition soit valable à l'événement de la condition. Quand, au contraire, un legs est pur et simple, c'est que le testateur avait en vue une exécution immédiate et la règle Catonienne s'applique.

Si la règle Catonienne avait eu cette origine, elle aurait dû conserver la faveur des juriconsultes de l'empire et s'appliquer aux fidéicommiss comme aux legs, car cette interprétation de volonté pouvait être exacte à n'importe quelle époque.

D'autre part, la présomption de Caton pourrait, peut-être, se justifier, pour la partie qui porte sur les legs conditionnels; il est en effet certain que, lorsqu'un individu fait un acte conditionnel, il pense qu'il ne s'exécutera pas immédiatement. Mais on ne peut pas justifier la présomption que Caton édictait pour les legs purs et simples. Il doit arriver, en effet, bien souvent qu'un testateur fasse un legs pur et simple, tout en espérant survivre fort longtemps. Et puis pourquoi des legs qui ne sont pas soumis à une condition,

rents et surtout de l'exiger à l'initium. De ces *tria tempora*, deux seulement peuvent normalement être exigés ensemble et ont une raison d'être : le moment de la mort et celui de l'adition d'hérédité ; le moment de la confection est, dans le droit classique, par-

mais dont le *dies cedens* se place, pour de toutes autres raisons, après la mort, seraient-ils soustraits à l'empire de la règle Catonienne: les legs d'usufruit par exemple? La présomption aurait dû dans ce cas être la même pour tous les legs purs et simples. Si vraiment on était très soucieux de respecter la volonté du testateur, n'y avait-il pas une interprétation de volonté qui s'imposait dès l'abord: quand le testateur fait une disposition quelconque, c'est dans l'espérance qu'on l'exécutera, et non pas qu'on la déclarera nulle.

Une autre théorie voit également dans la règle Catonienne une interprétation de volonté. ROSSHIRT: *op. cit.* La règle Catonienne remonte au testament *per æs et libram*. Celui-ci, ainsi que nous l'apprend Gaius (II-102), a été introduit pour ceux que pressait une mort imminente et qui ne pouvaient pas attendre les prochains comices. Puisque le testament était un acte au lit de mort, il était bien naturel de le considérer comme destiné à s'exécuter immédiatement. Si, entre le testament et la mort arrivait un changement dans les prévisions du testateur, il était juste de n'en pas tenir compte; si le testateur voulait prévoir un avenir plus lointain, il n'avait qu'à faire un legs conditionnel.

Il faudrait, pour admettre cette théorie, être bien sûr que le testament *per æs et libram* n'a été introduit que pour ceux que pressait une mort prochaine. Gaius a-t-il voulu dire que c'était là la seule raison d'être du testament par *mancipatio familiæ*, ou donnait-il au contraire une raison entre bien d'autres? Le testament *calatis comitiis* n'avait peut-être pas que le seul inconvénient de ne pouvoir se faire qu'à des dates fixées. Les plébéiens n'étaient-ils pas intéressés à pouvoir exprimer leurs dernières volontés dans le testament privé, alors qu'il leur était sans doute impossible de se présenter devant les comices par curie pour tester par acte

faitement injustifiable, il ne peut être que la survivance de conceptions depuis longtemps abandonnées. Mais il a été sans doute une époque où il était naturel d'apprécier la validité du contenu d'un testament au moment de la confection et où il aurait été déraisonnable de l'apprécier à tout autre moment. Alors, les conditions de validité d'un testament étaient requises comme dans une stipulation, à l'initium. Et la seule raison qui pouvait justifier cette exigence, c'était la

public? GIRARD: *Manuel*, p. 852. Et les citoyens absents de Rome étaient obligés de recourir à une autre moyen que le testament comitial pour s'assurer un successeur de leur choix. CUQ: *Manuel*, p. 684.

En tout cas, on ne peut pas admettre qu'au temps de Caton, la *mancipatio familiæ*, ne soit encore employée que comme testament au lit de mort. Le testament comitial était peut-être déjà en désuétude (Cf. n. 8-III). La *mancipatio familiæ* était alors le seul testament pratique, avec peut-être encore le testament *in procinctu*. On pourrait difficilement croire que ces romains qu'on nous représente, dès les premiers siècles de leur vie juridique, préoccupés d'assurer leur succession, aient toujours attendu au dernier moment pour faire un testament, au risque de mourir intestats. Si le testament *in procinctu* existe encore à cette époque, il est également fait sous la menace de la mort prochaine; et il serait vraiment curieux que, dans le droit impérial, la règle Catonienne, interprétation de la volonté d'un testateur qui va bientôt mourir, s'applique à tous les testaments sauf aux testaments militaires, qui sont les seuls certainement faits sous la menace d'une mort très proche.

La théorie de Rosshirt, comme celle d'Enneccerus a, en outre, le défaut de reposer entièrement sur la croyance que, par la formule même qu'il a donnée, Caton n'exigeait la présence des conditions de validité nécessaires seulement à l'exécution, qu'au moment de la mort, lorsque le legs était conditionnel, alors qu'il paraît que primitivement la règle

pensée que le testament est destiné à avoir des effets immédiats.

Il est si évident que la règle Catonienne est le témoignage d'un état de choses dans lequel le testament produisait des effets immédiats que les théories mêmes, qui cherchent son origine dans une interprétation de volonté, admettent que le testateur croyait à une exécution immédiate. N'est-il pas plus naturel de croire que le principe reposait sur une réalité plutôt

Catonienne a régi tous les legs. (Cf. IV^e partie). D'ailleurs, même s'il avait la ressource d'apposer une condition pour éviter les nullités, le testateur était obligé de sacrifier un peu le légataire, puisque le droit à un legs conditionnel ne peut pas être transmis aux héritiers du destinataire au moment de la mort, comme le droit à legs pur, mais seulement à l'arrivée de la condition. Si, d'autre part, le testateur en apposant une condition évitait certaines nullités, il ne les évitait pas toutes. Les nullités qui ne proviennent pas de la règle Catonienne, mais des règles voisines, le manque de *testamenti factio* passive, par exemple, ne devaient pas se produire même dans les legs conditionnels au moment de la confection. Était-ce aussi par une interprétation de volonté qu'il était complètement impossible de léguer à quelqu'un qui n'avait pas la *testamenti factio* au moment de la confection du testament?

Enfin ces deux théories ont encore l'inconvénient de prêter à des jurisconsultes du VI^e siècle des intentions de recherches subjectives et d'interprétation de volonté, qui ne pouvaient que leur être étrangères.

FRAENKEL: *Die Regula Catoniana*. p. 18, explique la règle Catonienne de la façon suivante: Supposons deux testateurs, faisant chacun une disposition semblable, dont les legs se heurtent à un obstacle au moment de la confection. S'il suffisait que l'obstacle ait disparu au moment de la mort, pour que les legs soient valables, il pourrait arriver que, si l'un des testateurs mourrait immédiatement, son legs soit annulé,

que sur une croyance ? N'a-t-il pas, en effet, été une époque où le testament produisait des effets immédiats, et était un acte entre vifs, bien peu différent des autres ? Il n'est pas d'autre moyen pour expliquer la règle Catonienne que la replacer au milieu des institutions qui l'ont fait naître. Quel est donc dans la seconde moitié du VI^e siècle le mode habituel des dispositions à cause de mort ?

IV

Le testament comitial ? La règle y aurait pu paraître naturelle. Il était normal qu'on ne dérangerât point les pontifes et le peuple romain pour leur sou-

tandis que l'autre verrait le sien tenu pour valable parce qu'il vivrait jusqu'à ce que l'obstacle ait disparu. Ce résultat, dit Fraenkel, choquait le sentiment de l'égalité cher aux romains : c'est ce que révèle la phrase rapportée par Gaius. (II-244). Cette explication est assez malheureuse : les jurisconsultes romains auraient eu fort à faire, s'il avaient voulu supprimer les inégalités que la mort met entre les hommes.

Fraenkel, présente une seconde raison qui aurait contribué à faire recevoir la règle Catonienne. Le testament romain primitif avait, dit-il, un caractère essentiellement public : l'héritier en connaissait toujours le contenu. Si un obstacle, s'opposant à l'efficacité du legs, avait pu disparaître par suite de la survie du testateur, l'héritier aurait pu être tenté d'abréger cette survie pour n'avoir pas à exécuter le legs. C'est pour éviter cela qu'on a édicté la règle Catonienne.

Mais à l'époque de Caton le testament usuel est le testament *per æs et libram*, et ce n'est pas l'héritier, mais le *familiæ emptor* et les témoins de la mancipation qui peuvent connaître la vocation de l'héritier. Il n'est d'ailleurs rien moins que certain que la règle Catonienne soit née à une époque où la *mancipatio familiæ* permettait déjà de faire une institution d'héritier.

mettre des dispositions d'une réalisation incertaine ; il fallait avoir des raisons sérieuses pour se présenter devant les comices et obtenir une dérogation à l'ordre normal des successions. Tant que le testament comitial a vraiment été soumis à un contrôle effectif, il est très vraisemblable qu'on ne pouvait présenter qu'un testament utile, même s'il ne devait pas être exécuté immédiatement. La règle Catonienne pourrait être une survivance de l'ancien testament comitial.

Mais l'approbation du testament par les comices n'est plus, à l'époque à laquelle apparaît la règle Catonienne, qu'une formalité. Le testament par acte public lui-même semble n'être plus une institution très vivante à la fin du VI^e siècle. Dès Cicéron (8), il est

(8) Cicéron: *De Oratore*. I-53-228, représente dans un procès de 605 l'accusé Galba laissant la tutelle de ses deux enfants au peuple : *et duos filios suos parvos tutelæ populi commendasset ac se, tanquam in procinctu testamentum faceret sine libra atque tabulis, populum Romanum tutorem instituire dixisset illorum orbitati*. Le seul testament existant à côté du testament *per aes et libram* serait donc le testament *in procinctu*. Le testament comitial serait déjà complètement hors d'usage à l'époque de Cicéron. GIRARD: *Manuel*. p. 851. On pourrait d'ailleurs difficilement admettre une longue survie du testament comitial à côté du testament *per aes et libram* certainement plus pratique. FADDA: *Dell'origine dei legati*. (Studi giuridici e storici per l'VIII centenario della universita di Bologna), p. 206, va même jusqu'à supposer le testament comitial hors d'usage dès les XII tables, sans que ses arguments paraissent d'ailleurs très convaincants.

Dans les développements qui vont suivre, nous raisonnons sans tenir compte du testament comitial, et comme si la *mancipatio familiæ* était le seul testament existant. La nature et les effets de l'institution comitiale sont beaucoup

déjà disparu, et s'il fonctionnait encore à l'époque de Caton, ce ne pouvait être que par la force acquise. Quel besoin pouvait-il y avoir alors d'une réglementation nouvelle ? En usage depuis des siècles, le testament comitial devait être réglementé depuis longtemps dans tous ses détails, et, s'il y existait des legs, leur statut devait être depuis longtemps fixé.

trop controversés, pour que nous puissions situer son rôle dans l'évolution du testament.

On peut y voir un véritable testament, existant depuis fort longtemps et permettant de faire des legs, des institutions d'héritiers et des affranchissements. CH. APPLETON: *Le testament romain*. § 2. GIRARD: *Manuel*. p. 845. D'autres croient que le testament comitial ne permettait que de choisir un successeur dans la *domus*, parmi les seuls *sui heredes*. BONFANTE: *L'origine dell'Hereditas e dei Legata*. Scritti giuridici. I. p. 108. H. LÉVY-BRUHL: *La fonction du très ancien testament romain*. (N. R. H. XLV-1922.) p. 16. D'autres admettent que le testament comitial ne serait pas un véritable testament. GANS: *Das Erbrecht in weltgeschichtlicher Entwicklung*. II. pp. 37-74; SOHM: *Institutionen*. p. 721; GREIF: *Origine du testament*. p. 60; SCHULIN: *Das Griechische Testament verglichen mit dem Römischen*. pp. 50-54, croient que l'institution comitiale cache une véritable adoption. Pour ED. LAMBERT: *La tradition romaine sur la succession des formes du testament devant l'histoire comparative*. p. 30, le testament comitial serait un véritable contrat successoral se rapprochant de l'affatome salique et du thinx lombard. Dans une autre théorie très répandue, on admet que le testament comitial n'aurait pu contenir que des legs. EHRLICH: *Z. f. v. R. W.* XVII-1905. pp. 99-109. CUQ: (N. R. H. 1885.) *Recherches historiques*. pp. 583-586. LENEL: *Essays in legal history ed by. Vinogradoff*. pp. 120-142. KUNTZE: *Cursus d. Röm. Rechts*. § 817. et *Excuse über Röm. Rechts*. p. 611. Pour FADDA, au contraire, le legs était incompatible avec la nature du testament *calatis comitiis*, qui ne pouvait servir

V

Le testament *in procinctu* a, sans doute, eu une existence un peu plus longue que celle du testament comitial, mais, à l'époque de Caton, il devait déjà être à son déclin (9), et depuis longtemps son fonctionnement était réglementé. Quelle que soit d'ailleurs l'importance que l'on veuille attribuer à ce mode de tester, il était exceptionnel. Et, si la règle Catonienne avait son origine dans le premier des testa-

qu'à instituer un héritier. (*Dell'origine dei legati*). p. 166. et *Concetti fondamentali*. p. 43.

Ne pouvant prendre parti entre toutes ces hypothèses, nous nous baserons sur la nature particulière du testament comitial pour l'écarter complètement de nos développements. Le testament comitial n'est pas, en effet, un véritable acte juridique privé, mais bien plutôt un acte législatif autorisant à déroger aux règles normales de transmission des biens. GANS: *op. cit.* II. p. 46. MOMMSEN: *Droit public*. (trad. fran.) VI, 1. pp. 363-365. VON JHERING: *Geist*. I. pp. 145-148. PERNICE: *Labeo*. I. p. 358. et *Formelle Gesetze im Römischen Rechte* (Festgabe für R. von Gneist.) p. 129. Dès lors, quelle qu'ait été la fonction du testament comitial, qu'il faille y voir un acte entre vifs, ou, qu'au contraire, il soit déjà un véritable acte à cause de mort, il n'a pu influer que très peu sur le testament par acte privé, tout au moins tant que les comices se sont réellement réunis. Même si le droit romain connaissait dans l'institution comitiale un véritable testament, complètement émancipé du principe de la « concentration » de l'acte juridique, il a fallu, pour que la « déconcentration » puisse s'opérer dans le testament par acte privé, une longue évolution indépendante de celle du testament comitial.

(9) GIRARD: *Manuel*. p. 852, le considère comme disparu avant la fin de la république.

ments militaires, elle aurait eu, la curieuse destinée après avoir été étendue à toutes les autres formes de testament, d'être exclue des seuls testaments militaires (10).

VI

La règle Catonienne ne peut avoir pris naissance que dans la forme usuelle des testaments au VI^e siècle, et dans une forme encore récente. Ce ne peut être que la *mancipatio familiæ*.

En effet, le testament *per aes et libram* n'a pas toujours été l'acte à cause de mort que connaissait le droit classique. Il n'est devenu tel que par une longue évolution, assez récente pour que Gaius en ait conservé le souvenir (11) : *Qui neque calatis comitis neque in procinctu testamentum fecerat, is si subita morte arguebatur, amico familiam suam, id est patrimo-*

(10) Le testament militaire est, en effet, débarrassé de toutes les entraves qui s'opposent à la confection des testaments ordinaires. Il est dispensé de toute forme ; il permettait d'instituer même un incapable. (Gaius: II-110-111. Alexander, Const. 5. C. VI-21.) Un militaire peut faire un legs à un esclave, même sans l'affranchir. (Alexander, Const. 7. C. VI-21.) Enfin Ulpien, (13 § 2. D. 29-1.) proclame en termes généraux qu'il suffit, qu'une institution d'héritier, faite par un militaire, puisse s'exécuter au moment de la mort : *Et generaliter in omnibus id poterit dici quos miles scribit heredes, ut institutio incipiat vires habere, si mortis tempore talis inveniat, ut a milite institui potuerit*. Comment croire qu'il n'en serait pas de même pour un legs ? On peut donc affirmer que la règle Catonienne ne s'applique pas aux testaments militaires.

(11) Gaius: II-102.

nium suum, mancipio dabat, eumque rogabat, quid cuique post mortem suam dari vellet. La *mancipatio familiæ* a donc été primitivement un expédient, sans doute inventé par la pratique, pour remédier à l'impossibilité de tester *calatis comitiis*, expédient qui consistait à emprunter les formes de l'acte entre vifs par excellence, de la mancipation. Destinée à tourner la loi, la *mancipatio familiæ* à ses débuts ne pouvait pas être reconnue par le droit comme un véritable testament ; le seul acte juridique qui apparaissait était la mancipation, le transfert entre vifs des biens du disposant. Le *familiæ emptor* n'était pas un héritier mais un acheteur (12). Il a été inévitablement investi de la propriété des biens qui faisaient l'objet de la mancipation. Il restait encore des traces de cet ancien

(12) Cette opinion est aujourd'hui très généralement admise. CH. APPLETON : *Le Testament Romain*, p. 111. GIRARD : *Manuel*, p. 852. Le *familiæ emptor* est comparé à un treuhander par ED. LAMBERT. *La Tradition Romaine*, p. 53. KNIEP : *Gaius*, II, § 123, pp. 203-204. EHRLICH : *Die Anfänge des Testamentum per aes et libram*. (Atti del congresso di scienze storiche IX.) pp. 319, et Z. f. v. R. W. XVII-1905, pp. 99-109. La *familiæ mancipatio* est comparée à une affatomie par DARESTE : *Etudes d'histoire du droit*, p. 406. BESELER : *Erbverträge*, II, pp. 84-101. SALVIOLI : *Storia del diritto italiano*, p. 366. PERTILE : *Storia del diritto italiano*, IV, § 123, p. 31. AUFFROY : *Evolution du testament en France*, p. 156. H. LÉVY-BRUHL : *Le rôle de l'intermédiaire dans l'affatomie*. (N. R. H. 1924.) p. 694.

Cependant, quelques auteurs se basant sur la présence des mots *mandatela* et *tutela* dans le formulaire de la *mancipatio familiæ*, admettent que le *familiæ emptor* n'aurait été qu'un mandataire investi de la propriété des biens. SCHULIN : *Griechische Testament*, p. 54-60. Mais le sens de *tutela* n'obli-

état de choses dans le droit classique (13). Juridiquement, il devait être investi de cette propriété au moment même de la mancipation, car, *actus legitimus*, la mancipation n'a jamais pu se prêter à un transfert de propriété différé, à terme ou sous condition (14). Dès lors que le *familiæ emptor* prenait part aux solennités de la mancipation, il acquérait immédiatement un droit. Même si, en pratique, il n'exigeait pas le transfert immédiat de la possession, la propriété lui appartenait. Il était donc bien naturel qu'on exigeât que les dispositions du testateur fussent réalisables au moment de la mancipation. Et comme, à la mort du testateur, aucun effet juridique ne se produisait, la capacité du *familiæ emptor* n'était plus requise. Des deux termes qu'il était illogique d'exiger ensemble : le moment de la confection et celui de la mort, il n'en existait primitivement qu'un : celui de la confection ; l'autre est venu se superposer plus tard dans un acte juridique tout différent. Primitivement, la *mancipatio familiæ* était semblable aux autres actes entre vifs, elle n'était juridiquement qu'une mancipation.

ge nullement à croire à un mandat; le tuteur est primitivement un propriétaire. LAMBERT: *La Tradition Romaine*. p. 59. APPLETON : *Le Testament Romain*, p. 109. Et *mandare* a originellement le sens concret de mettre dans la main. WEISS : Z. S. Stft. 1921. p. 109. Il est donc bien établi que primitivement le *familiæ emptor* a été propriétaire des biens qui faisaient l'objet de la mancipation.

(13) GIRARD: *Manuel*. pp. 853-854. APPLETON: *Le testament romain*. p. 111.

(14) Papinianus: 77. D. 50-17. *Actus legitimi, qui non recipiunt diem vel condicionem*. GIRARD: *Manuel*. p. 853. SUMNER-MAINE: *L'ancien droit*. (Trad. Courcelle-Seneuil.) p. 195.

La règle *quæ ab initio inutilis fuit institutio, ex postfacto convalescere non potest*, s'explique tout naturellement parce que la *mancipatio familiæ* a été autrefois un acte entre vifs (15). Ne peut-on expliquer la règle Catonienne par des raisons analogues ?

VII

Il a été une période dans le droit romain primitif, où aucun des actes juridiques qui existaient ne pouvait entraîner des effets différés (16). Les deux actes juridiques qui paraissent les plus anciens : mancipation et *in jure cessio*, ne pouvaient sans doute recevoir ni terme ni condition. Le *nexum* et le contrat littéral n'ont jamais pu être soumis à une condition (17), et il est vraisemblable que le premier contrat dont les effets auraient pu être différés par une condition fût la stipulation.

Il est certain que dans un milieu social peu avancé, dans lequel la famille suffisait d'ordinaire à tous ses besoins, les relations juridiques se sont longtemps cantonnées aux seuls rapports du présent. Le droit n'avait pas besoin de garantir à l'homme la sécurité d'un avenir qui lui était assuré par l'organisation gentilice. La seule activité était celle de l'agriculteur ; il n'avait à faire appel à ses voisins que rarement, pour

(15) GIRARD: *Manuel*. p. 865-866.

(16) CUQ: *Institutions juridiques*. p. 123. C'est ce que JHERING: *Geist*. III. p. 160, appelle le principe de la « concentration ».

(17) GIRARD: *Manuel*. p. 494. F. V. 329, Sur le contrat littéral.

satisfaire à des besoins d'urgence. C'est la différenciation des activités économiques et la dissolution de la famille qui ont amené l'homme à compter davantage sur ses concitoyens, et lui ont fait prévoir qu'il pourrait avoir besoin de leurs services (18).

L'acte juridique produisait primitivement tous ses effets au moment même où il était conclu : toutes les conditions nécessaires à sa perfection étaient exigées à l'initium, parce que c'était la seule époque à laquelle on pouvait les exiger. Pour que l'on puisse admettre la possibilité de ratification ultérieure d'un acte juridique et sa validation rétroactive, il faut que cet acte continue son existence pendant un certain laps de temps. Si le droit romain a été primitivement soumis au principe de la « naissance simultanée » de

(18) JHERING: *Geist*. III. pp. 160-161, reconnaît que tous les actes juridiques ont primitivement été soumis au principe de la « formation simultanée ». Cependant, il fait exception pour deux actes qui lui auraient échappé, le testament et l'obligation conditionnelle. Cf. CUG: *Manuel*. p. 123. Ces exceptions ont existé, mais dans un droit déjà évolué et non pas, comme dit Jhering, dans le droit ancien. Même, si le testament comitial a échappé très tôt au principe de la concentration, ce qui n'est pas établi avec certitude, il est impossible de considérer le testament comitial comme un véritable acte juridique privé, surtout tant qu'il a été soumis à un contrôle réel de la part du peuple et des pontifes, et s'est déroulé devant les curies réellement assemblées. Quant à l'obligation conditionnelle, il est certain qu'elle a eu un développement très tardif et que, dans la plupart des actes juridiques, elle n'a été reconnue qu'à l'époque classique. Encore Justinien hésite-t-il à l'admettre pour la société. Const. 6. C. 4-37, et Gaius, pour le louage et la vente. III-146. Il est vrai que la condition paraît avoir été admise dans le testament avant de l'être dans les autres actes juridiques. Mais

l'acte juridique, ce n'est pas dans une intention de concentration et de simplification des actes juridiques, c'est parce que tous les effets des actes alors connus se produisaient simultanément, c'est parce qu'il n'y avait pas besoin d'actes qui permettent de prévoir l'avenir et qu'on n'avait pas conçu la possibilité de ces actes (19).

il ne faudrait pas reculer cette admission de la condition jusqu'à une époque très lointaine. La plus ancienne trace certaine de la condition qui nous soit parvenue, date de Cicéron. Pomponius: 6 § 1. D. 35-1, rapporte d'après Servius un exemple d'affranchissement testamentaire conditionnel.

Il est vrai qu'Ulpien: Reg. II-4. et Modestin: 25. D. 40-7, déclarent que les XII tables auraient prévu le cas du *statuliber*, de l'affranchi conditionnel. APPLETON: *Le testament romain. loc. cit.* p. 87. Mais l'autorité qu'il faut accorder à ces textes n'est pas très nettement définie. CUQ: *Institutions juridiques*, (éd. 1891.) I. p. 196. n. 4. Et en tout cas, il ne peut pas s'agir dans ces textes du testament par acte privé.

Quand nous parlerons de la condition dans le testament, il est bien entendu que nous exceptons le testament comitial, sur lequel les renseignements sont trop fragmentaires et qui n'est pas véritablement un acte juridique.

Dans la *mancipatio familiæ*, on ne constate la présence d'une condition qu'au temps de Cicéron. Il est d'ailleurs évident que tant que la mancipation a conservé son rôle juridique, seul l'acte extra juridique, la *nuncupatio*, a pu recevoir une condition. On peut donc admettre que primitivement, tous les actes juridiques ont été soumis au principe de la naissance simultanée, y compris ceux qui sont, plus tard, devenus des testaments.

(19) CUQ: *Institutions juridiques*. p. 123. dit: les jurisconsultes n'ont pas dégagé la théorie des actes juridiques; au risque de se répéter, ils ont résolu les questions qui s'y rattachent à propos de chaque acte particulier, tout au moins des actes principaux (contrats, testaments).

Quand la règle Catonienne décide que les actes à cause de mort, comme les autres, se forment en un seul instant, elle n'est pas un simple hommage à une théorie de la concentration, dictée par le désir de faire du testament un acte juridique plus simple (20). Si le droit romain avait réellement eu ce souci, le principe de la règle Catonienne se serait appliqué à tous les actes dont les effets se produisent successivement. Il était aussi nécessaire de concentrer un fidéicommiss qu'un legs, une stipulation conditionnelle qu'une institution d'héritier. La stipulation conditionnelle produit des effets différés comme le testament. Un legs, même s'il est pur et simple, n'est pas autre chose qu'un acte juridique soumis à la condition du prédécès du testateur. A cet acte conditionnel, la règle Catonienne s'applique ; au contraire, dans la stipulation conditionnelle, aucun de ses effets ne se produit (21). On ne pourrait expliquer cette différence, si la règle Catonienne répondait à une volonté de concentration de tous les actes juridiques. La diffé-

(20) KARLOWA: *Das Rechtsgeschäft*. p. 130. dit que ce qui a dicté la règle Catonienne c'est le principe de la concentration ; il se rallie ainsi à l'idée qu'exprime JHERING : *Geist*. IV. p. 162. Ces deux auteurs admettent cependant que le testament est un acte qui produit tous ses effets successivement. Le seul motif qui aurait donc pu dicter la règle Catonienne serait le désir de traiter tous les actes juridiques de la même façon. Et on aurait exigé la présence de toutes les conditions de validité d'un testament à l'*initium*, dans le but de soumettre tous les actes juridiques au même traitement. Ce serait le principe et non pas le fait de la concentration qui serait à la base de notre règle.

(21) POMPONIUS : 31, D. 45-1,

rence est, au contraire, toute naturelle, si la règle Catonienne est dans le testament la survivance d'un état de choses disparu. Sans doute, le testament a-t-il été le premier acte juridique, qui ait eu des effets différés (22). Avant qu'on ne puisse expressément soumettre une stipulation à une condition, on pouvait probablement déjà faire une libéralité en spécifiant qu'elle ne s'exécuterait qu'après la mort. La stipulation paraît, en effet, le premier acte entre vifs qui ait pu recevoir une modalité. Et la stipulation est un acte de création relativement récente (23). C'est l'exemple du testament soumis tacitement à la condition du prédécès qui aura permis de créer des conditions expresses.

Il n'existait, lorsqu'on a juridiquement reconnu que le testament est un acte soumis à la condition du prédécès du testateur, aucun autre acte juridique à effets différés sur lequel prendre exemple. Il était naturel de soumettre le testament au droit commun qu'exprimait la règle Catonienne, parce qu'il n'existait pas d'autre droit. Au contraire quand la stipulation a pu recevoir une condition, on était déjà habitué par un long fonctionnement du testament à des actes à effets différés. On pouvait soumettre la stipulation conditionnelle à des règles plus subtiles que la règle Catonienne et mieux adaptées à la nature d'un acte destiné à ne s'exécuter que dans l'avenir. Le principe de la règle Catonienne ne s'est pas appliqué à la stipula-

(22) GIRARD: *Manuel*. p. 494.

(23) GIRARD: *Manuel*. p. 508.

tion conditionnelle, comme il ne s'est pas appliqué aux fidéicommiss, parce que ces deux actes juridiques sont nés tardivement dans un droit évolué.

VIII

Mais si la règle Catonienne est une survivance des anciennes formes de la *mancipatio familiæ*, ce n'est cependant pas à une époque où tous les effets du testament se produisaient immédiatement qu'elle a pu naître. Le principe *quod initio vitiosum* devait alors suffire à tous les besoins. Quand l'acte juridique s'exécutait immédiatement et, par suite, s'éteignait au moment même où il se formait, on ne pouvait songer à exiger la présence des conditions de validité à un autre moment que l'initium, puisqu'il n'y avait rien autre que l'initium. N'est-il pas caractéristique que dans les actes entre vifs, qui, lorsqu'ils ne sont pas soumis à une modalité produisent tous leurs effets immédiatement, dans les stipulations pures et simples, il n'a été besoin d'aucune règle pour décider que c'est au moment où a lieu la stipulation que les conditions de validité doivent être réunies ?

Pour qu'on ait pu formuler la règle Catonienne et les règles voisines, il a fallu qu'existe un véritable testament ; pour qu'on ait pu dire : il faut traiter un legs comme si le testateur mourrait au moment de la confection du testament, il a fallu qu'existe un legs destiné à ne s'exécuter qu'à la mort du disposant ; pour qu'on ait pu dire, l'institution qui est nulle à l'initium ne peut s'amender dans l'avenir, il a fallu qu'après l'initium, il y ait un espace de temps pen-

dant lequel l'institution aurait pu s'amender. La règle Catonienne, le fragment 201 et le fragment 210, loin d'avoir été formulés à une époque où tous les actes juridiques produisaient leurs effets immédiatement, supposent nécessairement qu'il existe un véritable testament destiné à ne s'exécuter qu'après la mort, mais dont l'exécution seule est différée.

IX

Si la règle Catonienne est déraisonnable dans le testament classique, il aurait été impossible qu'on la formulât dans la *mancipatio familiæ* des premiers temps. La règle Catonienne ne peut être que le témoignage du premier mouvement de déconcentration de l'acte juridique qui s'est produit pendant l'évolution de la *mancipatio familiæ*, première forme, au testament *per aes et libram* modifié. Entre les deux formes extrêmes, il y a eu toute une période de transformation pendant laquelle la règle Catonienne a pu être nécessaire. Pour trouver l'origine des règles qui nous intéressent, il est indispensable de retracer l'évolution de la *mancipatio familiæ*.

La *mancipatio familiæ*, dans sa forme primitive, comprend un acte juridique, la mancipation, et un acte uniquement sanctionné par la contrainte morale, la déclaration de volonté du disposant.

La mancipation est un acte entre vifs. Non seulement le *familiæ emptor* est investi d'une vocation immédiate, mais il acquiert aussitôt la propriété des biens du disposant.

La déclaration de volonté est un acte en dehors du

droit. La seule garantie d'exécution qu'ait le mancipant, c'est la confiance qu'il a dans l'acheteur, et la sanction morale que constituerait la réprobation du groupe social en face d'un manque de foi (24). Le bénéficiaire de la disposition n'a aucune action pour se faire délivrer l'objet qui lui est destiné.

Pour faire de la mancipation un véritable testament, un acte à cause de mort, il a fallu faire dispa-

(24) GAIUS : II-102. *Amico familiam suam, id est patrimonium suum, mancipio dabat, eumque rogabat, quid cuique post mortem suam dari vellet.* L'emploi du mot *rogabat* est caractéristique; le mancipant demande un service et n'exige pas une chose due. GIRARD: *Manuel.* p. 853. GREIF: *Origine du testament.* p. 134. Le fait même que le souvenir de cet état de choses est resté si vivant dans la mémoire de Gaius, exclue l'idée que les dispositions de la *mancipatio familiæ* aient été juridiquement sanctionnées à une époque très reculée. Cependant BECHMANN: *Kauf*, II. p. 298. PERNICE: *Labeo*, I. p. 476. VOIGT: *XII Tafeln.* p. 179. n. 33. FADDA: *Dell'origine dei legati.* p. 197, admettent que les legs auraient été sanctionnés dans la *mancipatio familiæ* par la formule des XII tables (V-3), *uti legassit super pecunia tutelave suæ rei, ita jus esto.*

Mais il n'y là rien de plus qu'une conjecture démentie par Cicéron: *De Oratore*, I-57-245. Cf. CUQ: *Recherches historiques.* op. cit. pp. 552 et 557, admet, au contraire, que la *mancipatio familiæ* est de création relativement récente. FERRINI: *Legati.* pp. 9-10 et *Sull'origine dei legati* (Bullettino dell'Istituto. I. 1888. p. 112, rapporte la règle *uti legassit* au testament comitial. GIRARD: *Manuel.* p. 850. n. 1, repousse également l'idée que la règle *uti legassit* concerne le testament *per æs et libram*. SOHM: *Institutionen.* § 101. p. 586, considère la *mancipatio familiæ* comme postérieure aux XII tables. HOELDER: *Beiträge*, op. cit. p. 62, admet que les relations de la règle *uti legassit* avec la *mancipation familiæ* ne sont qu'indirectes.

raître l'importance pratique de la mancipation. Il a fallu réduire le *familiæ emptor* à un rôle de pure forme, il a fallu qu'il ne reçoive plus la propriété immédiate des biens du disposant, et même qu'il perde la qualité d'acheteur, et ne soit plus assuré d'être propriétaire même dans l'avenir. Un testament doit produire un héritier institué, et non pas un institué contractuel.

Au fur et à mesure que déclinait la mancipation, il a fallu que la déclaration de volonté entre dans la sphère de l'acte juridique, que la sanction morale soit remplacée par une sanction légale et que le destinataire des libéralités puisse en exiger l'exécution. Le testament autrefois dissimulé a pris une existence distincte de la mancipation. Il n'est pas possible que la mancipation ait disparu sans qu'apparaisse juridiquement la déclaration de volonté, et il n'est pas possible que la déclaration de volonté soit apparue sans que la mancipation ait disparue. La sanction de la déclaration de volonté et la disparition du transfert immédiat de propriété se sont produits simultanément. Il était impossible que le droit décide quand devaient se produire les effets de la déclaration de volonté, tant que celle-ci n'était pas un acte juridique, et il était impossible que la déclaration de volonté soit un acte juridique tant que la mancipation produisait des effets immédiats. Quand le droit a reconnu que l'acte juridique était la déclaration de volonté, la mancipation n'était plus qu'une formalité.

X

Quels ont été les procédés qui ont permis de faire disparaître le *familiæ emptor* derrière les légataires? Il y en a eu deux : le développement de la *nuncupatio* comme acte générateur d'effets juridiques et la théorie du *dies cedens*. La *nuncupatio* a servi à sanctionner la déclaration de volonté, et la théorie du *dies cedens* à en reporter les effets au jour de la mort.

La *nuncupatio* est la déclaration de la volonté du testateur devant un certain nombre de témoins : *nuncupare est palam nominare* (25). Le mancipant devait, en effet, après avoir transféré la propriété, faire part de ses intentions au *familiæ emptor*. Pour assurer à ses volontés plus de chance d'être exécutées, il les dictait, sans doute en présence des témoins de la mancipation. En pratique, on a dû arriver de bonne heure à considérer que l'élément important de la *mancipatio familiæ* était la *nuncupatio* (26). Mais le

(25) Gaius: II-104. SACCHI: *Il Digesto Italiano*. V. *Nuncupatio*. vol. XVI-645. Sur la comparaison de l'évolution qui substitue la *nuncupatio* à la mancipation comme acte juridique, avec l'évolution qu'a subi en Angleterre. le testament sur la real property, voir SUMNER-MAINE: *l'ancien droit*. (trad. Courcelle-Seneuil.) p. 196. Sur la comparaison avec une autre institution anglaise, celle du *surrender to use of will*, voir ED. LAMBERT: *La tradition romaine*. p. 72.

(26) Il y avait alors une situation analogue à celle du *nudum pactum* sanctionné par une stipulation. L'acte juridique est la stipulation, mais l'acte important aux yeux des contractants est le *nudum pactum*. Ici, il y a une *nuncupatio* sanctionnée par une mancipation ; l'acte juridique est la mancipation, mais l'acte important aux yeux des parties est la *nuncupatio*.

droit ne connaissait toujours que la mancipation. Si la possession n'était probablement transmise au *familiæ emptor* qu'après la mort du disposant, la propriété était encore fixée sur sa tête au moment de la confection. Pour assurer des effets juridiques à la *nuncupatio*, il a fallu emprunter l'autorité d'un autre acte juridique que la mancipation. Il y avait une institution qui se présentait tout naturellement à l'esprit, le testament comitial. Il permettait d'obtenir tous les effets qu'on désirait faire produire à la *nuncupatio*. Les volontés du testateur étaient approuvées par le peuple romain, et le testament en tirait l'autorité d'une loi. On a pris l'habitude d'ajouter à la déclaration de volonté sans forme du disposant par *mancipatio familiæ* la phrase par laquelle le testateur provoquait l'assentiment des curies. Gaius la rapporte telle qu'elle existait dans le droit classique, où elle avait dû être modifiée pour se prêter à l'expression secrète des dernières volontés sur des tablettes scellées : *haec ita ut in his tabulis cerisque scripta sunt, ita do ita lego ita testor itaque vos quirites testimonium mihi perhibetote* (27). Il est clair que cette formule provient d'un acte public et n'a pu prendre naissance dans un testament privé. L'appel aux quirites, bien solennel vis-à-vis des témoins de la mancipation, a dû être adressé primitivement au peuple réuni dans les comices (28). Les praticiens ont em-

(27) Gaius: II-104.

(28) C'est là une théorie qui n'est aujourd'hui plus contestée. GIRARD: *Manuel*. p. 855. HOELDER: *Beiträge*. p. 69. Cependant JHERING: *Geist*. I. p. 141, admet que la mancipation

prunté cette formule au testament par acte public à une époque où les comices par curies étaient peut-être déjà représentés par trente licteurs. Ils devaient croire qu'il suffirait de la répéter devant les témoins de la mancipation pour lui faire produire les mêmes effets (29). Et c'est ce qui est arrivé, soit grâce à l'intervention d'un texte législatif, soit plus vraisemblablement par la sanction de la coutume.

Quand cette formule de *nuncupatio* a été incorporée au testament par *mancipatio familiæ*, elle a permis de faire produire à la déclaration de volonté les effets les plus absolus, tous ceux que pouvait produire une loi : affranchissements et transfert de propriété. L'intermédiaire du *familiæ emptor* n'était plus exigé que pour la forme. La déclaration de volonté produisait les mêmes effets juridiques que les deux mancipations, du testateur au *familiæ emptor*, et du *familiæ emptor* au bénéficiaire définitif. La mancipation s'était effacée derrière la loi, le *legatum* ; et le *familiæ emptor* derrière le légataire.

aurait primitivement exigé le concours du peuple entier ; l'appel aux quirites pourrait alors ne pas être déplacé dans sa formule. Mais il y a cependant contradiction entre la présence des mots, *ita do ita lego ita testor* dans les instructions du *familiæ emptor*, et l'emploi d'un intermédiaire de transmission. Cette formule implique un transfert de propriété direct du testateur au légataire.

(29) Cette façon de procéder dénotait une mentalité semblable à celle des testateurs qui, dans la décadence romaine, croyaient donner une force plus grande à leurs dispositions en ajoutant la mention *stipulatione subnixa*. Cf. VI, n. 43 et 44.

XI

La propriété devait être transmise directement du testateur au légataire (30). La *nuncupatio* n'a, en effet, pu servir à introduire tout d'abord qu'une forme de legs : le legs *per vindicationem*. Il est à peu près unanimement admis que le legs *per vindicationem* est le legs le plus ancien (31). C'est par excellence le *legatum*, celui que les jurisconsultes énumèrent le premier (32), le seul qui pouvait produire cer-

(30) Il est certain que primitivement le legs *per vindicationem* transférait directement la propriété du testateur au légataire. Il en reste la preuve dans les difficultés qu'on a eu à soumettre le legs *per vindicationem* à l'institution d'héritier. Cette difficulté est attestée par la controverse entre les Proculiens et les Sabinien (Gaius: II-195-200), sur le point de savoir si l'objet d'un legs *per vindicationem* conditionnel appartient à l'héritier entre l'adition et l'événement de la condition. La formule *ita do ita lego ita testor* ne se prête d'ailleurs qu'à un transfert de propriété direct du testateur au légataire. Si l'on veut admettre que le legs *per damnationem* a été introduit dans la *mancipatio familiæ* en même temps que le legs *per vindicationem*, il faut reconnaître qu'il y a été introduit par une autre voie que la *nuncupatio*.

(31) KARLOWA: *R. R. G.* II. p. 916. WLASSAK: *Z. S. Stft.* XXXI-1910. pp. 198-220. LENEL: *Essays in legal history*. FADDA: *Dell'origine dei legati*. p. 187. FERRINI: *Legati*. pp. 13 et ss. VOIGT: *Röm. Rechtsgeschichte*. I. 520. BRUCK: *Zur Entwicklungsgeschichte der Testamentsvollstreckung* (*Zeitschrift für das Priv... und öffentl... Recht*. XLV3. p. 522. Cependant GIRARD: *Manuel*. p. 964. n. 3 et PERNICE: *Labeo* I. p. 475, le croient également ancien. HOELDER: *Beiträge*. p. 72, admet l'antériorité du legs *per damnationem*.

(32) Gaius. II-192. Ulpianus: *Reg.* XXIV-2.

tains des effets que le testament primitif avait sûrement en vue : les affranchissements par exemple. La *mancipatio familiæ* était impuissante à les réaliser, et la nécessité de faire des affranchis directs du testateur a dû être une des raisons qui ont poussé à éviter l'intermédiaire du *familiæ emptor*. En outre, la formule même de la *nuncupatio* paraît n'avoir été propre qu'à faire des legs *per vindicationem*. Les mots *do lego*, qui se retrouvent dans la *nuncupatio* et dans le legs *per vindicationem* (33) semblent avoir dû servir à opérer un transfert de propriété, et non pas à imposer au *familiæ emptor* une *damnatio*.

Enfin, si la *nuncupatio* avait contenu une autre forme de legs que le legs *per vindicationem*, elle n'aurait pas pu atteindre son but. La *nuncupatio* devait ôter toute importance au rôle du *familiæ emptor*. Si elle avait servi à contraindre le *familiæ emptor* à transmettre au bénéficiaire définitif les libéralités qui lui étaient confiées, elle n'aurait pas fait disparaître l'acquisition d'un droit de propriété par le *familiæ emptor*. Pour que celui-ci puisse exécuter les legs au moment de la mort, il aurait bien fallu que la propriété se fixe au moins un instant sur sa tête. La *nuncupatio* n'aurait fait que donner un caractère obligatoire à la mancipation qui intervenait entre le *familiæ emptor* et le gratifié, elle n'aurait rien enlevé de l'importance de la première mancipation qui avait lieu entre le disposant et le *familiæ emptor*. Les effets de celle-ci auraient peut-être pu être différés par une

(33) Gaius: II-193.

de ces fictions bienfaisantes dont nous avons d'autres exemples ; on aurait pu présumer la mancipation toujours faite au moment de la mort (34). Mais le *familiæ emptor* n'aurait pas moins été investi de la propriété des biens du disposant par une mancipation. Il aurait été un acheteur, soumis à l'obligation de retransférer les biens, mais il n'aurait pas été un héritier. A côté de la *nuncupatio*, la mancipation aurait gardé son rôle juridique. Etant toujours dans la *mancipatio familiæ* un personnage actif, le *familiæ emptor* n'aurait pas pu laisser sa place à l'héritier. Pour que le *familiæ emptor* ait pu être complètement évincé, pour qu'il n'ait plus eu d'autre rôle que prêter son entremise à la confection d'un testament, il a fallu qu'il cesse d'être un acheteur à la mancipation. Alors seulement, il a pu dire : *familia pecuniaque tua endo mandatela tua custodelaque mea esse aio, et ea quo tu jure testamentum facere possis secundum legem publicam, hoc aere* (35). Et ce résultat a été possible seulement parce qu'on était parvenu à passer par dessus la tête du *familiæ emptor*, à établir des relations directes entre le testateur et les légataires ; parce qu'aux deux mancipations successives avait succédé, comme mode de transfert de propriété, le *legs per vindicationem*.

(34) APPLETON: *op. cit.* p. 117. C'est ce qui s'est produit pour l'affranchissement par la vindicte, acte qui ne pouvait certainement pas être fait sous condition, mais qu'on suppose fait *mortis causa*.

(35) Gaius: II-104.

XII

La règle Catonienne n'a pu avoir une utilité quelconque que pour des legs qui opéraient un transfert de propriété sans intermédiaire du testateur au légataire. La formule de la règle est, en effet, d'une précision minutieuse. Elle suppose que c'est le décès du testateur qui va par lui seul investir le légataire de la propriété de l'objet légué. Elle ne vise que le legs qui serait inutile au jour même de la mort du testateur, si le testateur mourait aussitôt après la confection du testament. La nullité dont il s'agit est uniquement celle qui serait due à l'impossibilité pour le légataire d'acquérir la propriété quiritaire de l'objet. Si l'objet du legs n'avait pas été acquis au légataire par le seul effet de la mort du testateur, mais par l'exécution qu'aurait accomplie un *familiæ emptor* ou un héritier, il aurait été de bien peu d'importance que le légataire ne puisse pas devenir propriétaire de l'objet du legs si le testateur mourait immédiatement après la confection du testament, puisqu'en aucun cas il n'aurait dû acquérir l'objet au moment de la mort du testateur. Dans la *mancipatio familiæ* primitive, ce n'est pas la mort du disposant, mais la seconde mancipation que fait le *familiæ emptor* au profit du gratifié, qui investit le légataire (36). Dans la seconde forme du testament *per aes et libram*, c'est seulement l'exécution par l'héritier qui transfère au légataire la propriété de l'objet. Seul le *dies cedens* a lieu au mo-

(36) APPLETON: *Le testament romain*. p. 133.

ment de la mort, le *dies veniens* n'a lieu qu'à l'addition d'hérédité. Et primitivement, sans doute, c'est même à l'addition seulement qu'avait lieu le *dies cedens* (37). La règle Catonienne ne peut pas avoir été formulée dans un testament où la date de l'exécution du legs dépendait de l'attitude d'un tiers : pas plus dans la *mancipatio familiæ* primitive que dans le testament *per æs et libram* modifié. Elle n'a pu être formulée que dans une phrase intermédiaire, pour régir un testament ne contenant que des legs *per vindicationem*, que des legs faisant naître immédiatement après la mort la propriété sur la tête du légataire.

XIII

En même temps que le legs *per vindicationem* permettait de faire directement des libéralités, d'affranchir des esclaves et de nommer des tuteurs, la théorie du *dies cedens* permettait de reculer les effets de la *nuncupatio* jusqu'à la mort.

La doctrine classique restreint la théorie du *dies cedens* à un rôle de peu d'importance (38). Elle n'aurait été formulée par les jurisconsultes républicains que pour remédier à un léger inconvénient des legs. L'existence des legs et des fidéicommiss dépendait à Rome de l'acceptation du grévé. Dès lors qu'il n'y

(37) Théophile: § 20. II-20.

(38) CUQ: *Institutions juridiques*. p. 779. GIRARD: *Manuel*. p. 974. KARLOWA: *R. R. G.* II. p. 934. ENNECERUS: *Rechtsgeschäft*. p. 431. MITTEIS: *Stipulation und Legat*. (Z. S. Stft. 1911.) p. 5. GABIAT: *Théorie du dies cedens en matière de legs*. MOREL: *Théorie du dies cedens en matière de legs*.

avait pas d'héritier nécessaire obligé d'accepter, il fallait, pour savoir si le legs ou le fidéicommiss serait exécuté, attendre que l'héritier institué ait pris parti. Si le droit au legs ne s'était pas fixé sur la tête du légataire avant l'adition, il aurait pu arriver que l'héritier institué retardât son acceptation, dans l'espérance qu'une circonstance quelconque, la mort ou l'incapacité du bénéficiaire, le dispenserait d'exécuter la libéralité. Pour remédier à ces inconvénients les jurisconsultes républicains auraient anticipé les effets du legs. Ils auraient fait une distinction entre le *dies veniens*, moment auquel peut être exigée l'exécution du legs, et le *dies cedens*, moment où un droit est acquis au légataire. C'est à partir du *dies cedens* que le droit est transmissible aux héritiers du légataire (39), que sa consistance est fixée, quand il porte sur des choses susceptibles de variation (troupeaux, pécules) (40), et que le bénéficiaire définitif est déterminé quand le legs est adressé à un *alieni juris* (41). Le *dies cedens* a été fixé au jour de la mort, tandis que le *dies veniens* était maintenu au jour de l'adition d'héritier. Ainsi le légataire ne pouvait pas exercer son droit avant que l'héritier n'ait pris parti, mais l'héritier n'avait aucun moyen, s'il ne voulait pas répudier l'hérédité, de ne pas exécuter le legs. Si telle est l'origine de la distinction du *dies cedens* et du *dies veniens*, les jurisconsultes romains ont fait preuve d'une bien grande ingé-

(39) Ulpianus: 5 pr. D. 36-2.

(40) 20. Just. II-20.

(41) Ulpianus: 5 § 7. D. 36-2.

niosité, pour conjurer un danger bien faible. En effet, ce danger n'a pu se produire que parce que les legs étaient subordonnés à une institution d'héritier. C'est donc dans le testament *calatis comitiis* ou dans la *mancipatio familiæ* après son assimilation au testament comitial que la théorie du *dies cedens* aurait pris naissance. Or, il est très vraisemblable que dans ces testaments le seul procédé que l'héritier a pu employer primitivement pour faire adition était la *cretio* (42). Un droit formaliste, comme le droit romain l'était au temps de la République, n'a pu, pour un acte aussi solennel que l'institution d'héritier, faire exception au principe du formalisme. La *cretio perfecta* n'accordait à l'héritier qu'un délai très court pour faire adition : habituellement 100 jours (43). Si l'héritier n'avait pas pris parti à l'expiration de ce délai, il était exhéredé. Le légataire ne pouvait donc pas voir son droit indéfiniment suspendu et le risque qu'il courait n'était pas bien considérable. Ayant attendu pour que le legs produise ses effets, jusqu'à la mort du testateur, il pouvait bien attendre encore 100 jours. D'ailleurs, dans un cas qui devait être bien fréquent, celui où l'héritier institué était un héritier nécessaire, la théorie du *dies cedens* n'aurait eu aucune utilité, puisque le *dies cedens* et le *dies veniens*

(42) GIRARD: *Manuel*. p. 919. CUG: *Institutions*. p. 727.

(43) Ulpianus: Reg. XXII-27. et Gaius: II-165, donnent tous deux la même formule de *cretio* : *Titius heres esto cernitoque in diebus centum proximis, quibus scieris poterisque : nisi ita creveris, exheres esto*. Cf. sur la *cretio* : BUCKLAND: *Revue internationale d'histoire du droit*. 1922. LÉVY-BRUHL: N. R. H. 1914.

étaient confondus au jour de la mort. Il serait bien étonnant que les jurisconsultes de la République, qui se sont efforcés de restreindre le plus possible la liberté de léguer, se soient pris d'une faveur subite pour les légataires. Les mêmes individus qui faisaient voter la Furia, la loi Voconia et la loi Falcidie devaient être fort peu préoccupés du souci de protéger les légataires contre l'héritier.

On ne peut d'ailleurs pas rendre compte de la théorie du *dies cedens* par une explication qui en limiterait l'utilité aux seuls legs. La théorie du *dies cedens* a un domaine d'application plus général, et trouve sa place dans tous les actes juridiques qui peuvent produire des effets différés, aussi bien dans les stipulations à terme ou conditionnelles, que dans les legs et les fidéicommiss (44).

XIV

Il est bien évident que cette théorie ne peut avoir existé de tout temps dans le droit romain. Tant que l'acte juridique a été étroitement soumis au principe de la concentration, elle n'a pu prendre naissance, parce qu'il n'y avait dans la vie de l'acte juridique aucun autre moment que celui de l'initium. Dans un acte juridique, il n'y a, s'il n'est soumis à aucune modalité, place, ni pour le *dies cedens*, ni pour le *dies veniens* ; le seul jour (*dies*) qui existe, c'est celui de la confection. Et c'est pour cela que les actes entre

(44) Ulpianus: 213. D. 50-16, pour les stipulations. Pour les legs et les fidéicommiss voir le titre 2, livre 36. *Quando dies legatorum vel fideicommissorum cedat.*

vifs dans lesquels la naissance successive des effets juridiques n'est qu'exceptionnelle, ne se sont jamais prêtés à une application systématique de la théorie du *dies cedens*. Ce n'est qu'en matière de legs qu'elle a fait l'objet d'études détaillées de la part des jurisconsultes classiques. Il apparaît clairement qu'elle n'a été étendue aux stipulations que par imitation des actes à cause de mort (45) ; sans qu'on puisse cependant nier qu'elle ait une certaine importance dans les actes entre vifs (46). La théorie du *dies cedens* n'a pu se former qu'au fur et à mesure de la déconcentration de l'acte juridique, déconcentration qui a d'abord eu lieu dans le testament. C'est le testament qui le premier de tous les actes juridiques a pu avoir des effets différés. C'est là qu'on s'est aperçu, tout d'abord, que l'acte juridique ne se forme pas nécessairement en un seul moment, mais peut, dans l'avenir, compléter une existence imparfaite. A côté de l'initium, il y a d'autres moments décisifs dans la vie de l'acte juridique. Quand l'acte juridique ne doit produire ses effets que dans l'avenir, il est nécessaire de se reporter à trois moments différents. Si l'acte juridique ne doit être exécuté que dans l'avenir, il est à côté de l'initium un autre jour (*dies*) marquant, celui où l'objet de l'obligation est exigible. C'est le *dies veniens* ; *venire diem significat eum diem venisse, quo pecunia peti*

(45) MITTEIS: *Stipulation und Legat.* (Z. S. Stft. 1911). pp. 1-23. SOMMER: *Dies cedens v prava rimskem* et l'analyse de ce travail dans Z. S. Stft. XXXIV, 1913, p. 394.

(46) E. VASSALI: *Bullettino dell'Istituto di diritto romano.* XXVIII-1914. p. 242.

possit (47). Quand l'acte juridique ne doit donner naissance à un rapport juridique entre les parties que dans l'avenir, il est encore un jour dont l'importance est grande, celui où naît le lien juridique, où l'acte arrive à sa perfection, le *dies cedens* : *cedere diem significat incipere deberi pecuniam* (47). Dans un acte entre vifs, lorsqu'il n'est soumis à aucune modalité, le *dies cedens* et le *dies veniens* sont confondus avec l'initium : *ubi pure quis stipulatus fuerit, et cessit et venit dies* (47). Dans une stipulation faite sous un terme, le *dies cedens* est encore confondu avec l'initium, mais le *dies veniens* en est indépendant : *ubi in diem, cessit dies, sed nundum venit* (47). Dans une stipulation faite sous une condition, le *dies cedens* et le *dies veniens* sont tous deux séparés de l'initium, et arrivent tous deux simultanément dans l'avenir : *ubi sub condicione, neque cessit neque venit dies pendente adhuc condicione* (47). Enfin, dans un legs fait sous un terme certain le *dies cedens* et le *dies veniens* sont distincts de l'initium et arrivent tous deux successivement à des époques différentes : le *dies cedens* au moment de la mort et le *dies veniens* à l'arrivée du terme.

Dans un acte juridique complètement émancipé du principe de la concentration, il y a donc trois jours notables, le jour de l'initium, le jour du *dies cedens* et celui du *dies veniens*. Le *dies cedens*, c'est le jour de la formation de l'obligation ; le *dies veniens* le jour de l'exigibilité de l'objet. Le *dies cedens* n'est donc

(47) Ulpianus: 213. D. 50-16,

pas un démembrement du *dies veniens*, une exécution fragmentaire et anticipé. *Dies cedens* et *dies veniens* sont deux démembrements de l'initium dans les actes juridiques dont la formation est successive. Ce n'est pas par opposition au *dies veniens* qu'il faut définir le *dies cedens*, mais par opposition à l'initium.

Résultat de la déconcentration de l'acte juridique, démembrement de l'initium, la théorie du *dies cedens* ne s'est pas formée en un seul jour. La déconcentration de l'acte juridique, le passage de l'acte entre vifs à l'acte à cause de mort ne s'est pas produit brutalement. Comme pour toutes les modifications des actes juridiques, il a fallu une longue évolution. On n'a pas passé soudain d'un acte dont tous les effets naissaient simultanément à un acte dont les effets se produisaient à trois moments successifs. Il y a eu inévitablement une période intermédiaire pendant laquelle l'acte le mieux émancipé des conséquences de la concentration produisait tous ses effets à deux moments seulement. La déconcentration ne s'est pas faite dans le testament en vertu d'une conception à *priori*, mais pour faire face aux besoins de la pratique, au fur et à mesure que naissaient ces besoins. Le résultat qu'il a d'abord fallu atteindre pour faire de la *nuncupatio* un mode de disposer de ses biens à cause de mort, c'était le recul de l'exigibilité du legs au jour du décès (48). Alors, le *dies cedens* était encore partie inté-

(48) Le testament n'était pas alors un acte juridique soumis à la condition du prédécès du testateur, mais un acte destiné à s'exécuter sous un *dies incertus*, la mort du testateur. Que la notion de terme soit antérieure à celle de con-

grante de l'initium, le testament donnait naissance à un rapport juridique au moment même où il était fait, et seule l'exigibilité : le *dies veniens*, était différé. Il a, en effet, été de fort peu d'importance que le droit se fixât sur la tête du légataire aussitôt après la confection du testament, tant que la *mancipatio familiæ* n'a permis que des dispositions à titre particulier, tant qu'il n'y a pas eu d'héritier ayant une vocation universelle (49).

dition, c'est là chose bien certaine. Il semble que le terme a pu affecter très tôt des contrats qui n'ont jamais pu être soumis à une condition : contrat littéral, Cicéron: *Ad. fam.* 7-23; et *nexum*, GIRARD: *Manuel*, p. 492. n. 2. Il est assez vraisemblable que la condition est le résultat d'une évolution du terme plutôt que la création spontanée de la jurisprudence républicaine. La condition paraît avoir été introduite dans le droit par l'intermédiaire du testament. Il est dans le testament une modalité très fréquente qui marque bien l'état intermédiaire entre le terme et la condition : le *dies incertus*. Le *dies incertus* n'a pas dans le testament la même nature que dans les autres actes juridiques. Papinianus: 75. D. 35-1. *Dies incertus condicionem in testamento facit*. Il n'y a donc pas dans le testament de ligne de démarcation très tranchée entre le terme et la condition. Sous le nom de terme incertain, les jurisconsultes romains désignent parfois de véritables conditions. Paulus: 21 pr. D. 36-2. Il n'est pas inadmissible que le *dies incertus* ait été l'instrument créateur de la condition. Cf. IV^e partie.

(49) Il importait, en effet, bien peu que le légataire eut une vocation immédiate pourvu que l'exigibilité fut retardée jusqu'à la mort. Les deux caractères essentiels d'un testament sont la possibilité de rejeter l'exécution après la mort et la possibilité de révoquer les dispositions.

Le rejet de l'exigibilité à la mort est assuré par le seul recul du *dies veniens*; quand à la révocabilité elle a certai-

Qu'il ait existé un état de droit dans lequel le *dies cedens* se confondait avec l'*initium*, tandis que le *dies veniens* n'avait lieu qu'à la mort, c'est ce qui est attesté dans le droit classique par des survivances dont la plus caractéristique est la règle de Catonienne.

Que dit, en effet, la règle Catonienne ? Il est nécessaire qu'aucun obstacle ne s'oppose à l'exécution d'un legs au moment de son *initium*, bien que cette exécution n'ait lieu qu'à la mort du testateur. Pour

nement été obtenue dans la *mancipatio familiæ* avant même que les legs y soient sanctionnés. APPLETON: *Le testament romain*. p. 114. ED. LAMBERT: *La tradition romaine*. p. 48. Du jour où la *nuncupatio* a fait passer directement la propriété du testateur au légataire, par des legs *per vindicationem*, sans passer par l'intermédiaire du *familiæ emptor*, la révocabilité s'est maintenue, parce que la *nuncupatio* faisait partie d'une *mancipatio familiæ*, acte essentiellement révocable. Ce qui rendait nécessaire de ne donner aucune vocation au légataire avant la mort, c'était le désir de subordonner tous les legs à l'institution d'héritier, de maintenir après la mort l'unité du patrimoine dans l'intérêt des créanciers. Or, le but que poursuivait la *nuncupatio* du disposant était complètement opposé. Il fallait éviter d'accorder un rôle actif au *familiæ emptor*, et s'efforcer de soustraire tous les biens, objets de la mancipation, à son appropriation. Il fallait pour cela établir un lien direct entre le testateur et le légataire, et il importait fort peu que ce lien existât dès la confection, pour peu qu'il fut révocable.

Les notions de naissance immédiate du droit et de révocabilité de l'acte juridique ne sont pas incompatibles : c'est ainsi qu'au début de la période franque, les donations faites par les rois, bien que transmettant immédiatement la propriété, pouvaient être révoquées et étaient, dans une large mesure, subordonnées au maintien de la faveur royale. ESMEIN-GENESTAL: *Cours élémentaire d'histoire du droit français*. p. 126.

qu'on pût formuler cette règle, il fallait que le *dies veniens* n'ait lieu qu'à la mort du testateur. Si l'exécution n'avait pas été retardée jusqu'à ce moment, il n'aurait pu venir à l'esprit de personne la pensée de n'exiger les conditions de possibilité de l'exécution qu'au moment de la mort.

XV

Mais pourquoi si l'exigibilité n'avait lieu qu'à la mort, si le *dies cedens* était retardé jusqu'à ce moment, exiger la présence des conditions uniquement nécessaires à la possibilité de l'exécution au moment de la confection? C'est que, s'il est bien certain que dans un acte juridique dont la naissance est successive, les conditions requises pour la validité de l'exécution ne sont pas nécessaires au moment de l'initium, elle ne sont pas non plus suffisantes au moment de l'exigibilité. Les Romains n'ont jamais admis, même dans la période la plus récente, qu'une obligation puisse naître entre deux personnes, si un obstacle s'opposait à son exécution.

La stipulation, par exemple, n'est régie par aucune règle semblable à la règle Catonienne qui requiert la présence de toutes les conditions de validité à l'initium : cependant, dans une stipulation à terme, les conditions nécessaires à la possibilité de l'exécution sont requises au moment de la confection (50). Dans un fidéicommiss, acte parfaitement émancipé du principe de la concentration, les conditions de possibilité

(50) Marcellus: 98, D. 45-1. Pomponius: 31, D. 45-1.

juridique de l'exécution sont nécessaires au moment de la mort, même si le fidéicommiss est soumis à un terme, et n'est destiné à s'exécuter que dans l'avenir. Il ne suffit donc jamais que les conditions soient remplies au moment du *dies veniens*. C'est au moment du *dies cedens* que sont exigées ces conditions. Dans un fidéicommiss à terme, ce n'est pas, en effet, au moment de l'initium, de la confection, mais seulement au moment de la mort, du *dies cedens* qu'elles sont nécessaires. Si, dans une stipulation à terme, elles sont requises à l'initium, c'est parce que le *dies cedens* se place aussi à l'initium (51). Dès que le *dies cedens* se sépare de l'initium, dans une stipulation conditionnelle par exemple, il suffit que les conditions nécessaires à l'exécution soient réunies au *dies cedens*, à l'arrivée de la condition (52). Il est donc très certain que le moment auquel les conditions nécessaires à la possibilité de l'exécution doivent être réunies, c'est le *dies cedens*.

XVI

La règle Catonienne était, dès lors, une règle nécessaire pour régir un testament dans lequel le *dies cedens* des legs se plaçait au jour de la confection (53). Il était naturel qu'on demandât, s'il ne suf-

(51) Ulpianus: 213-D. 50-16.

(52) Pomponius: 31. D. 45-1.

(53) Pour que la règle Catonienne fût raisonnable, il était nécessaire que le legs produisit des effets immédiatement, mais il n'était pas nécessaire qu'il produisit tous ses effets immédiatement; il suffisait qu'il fit naître sur le champ un rapport juridique.

faisait pas que le legs pût s'exécuter utilement au moment du *dies veniens*, mais il était conforme aux principes du droit romain de répondre que le legs devait être exécutable au moment du *dies cedens* et d'affirmer qu'il fallait agir comme si l'exécution devait avoir lieu immédiatement après la confection du testament, puisque c'était à ce moment que le droit au legs se fixait sur la tête du légataire. La règle Catonienne ne fait rien autre que décider que, sous le rapport de la possibilité de l'exécution, le *dies cedens* se place au jour de l'initium (54), alors que le *dies veniens* n'a lieu qu'à la mort. Plutôt que d'accuser les jurisconsultes républicains d'avoir, pour des raisons plus ou moins sérieuses, anticipé sous ce rapport le *dies cedens* pour le fixer, par la règle Catonienne, au moment de la confection, n'est-il pas plus vraisemblable de croire qu'ils ont obéi à la réalité des choses, et dit que le *dies cedens* se plaçait au jour de la confection, parce que le *dies cedens* se confondait alors avec l'initium.

XVII

Il reste dans la période classique une autre survivance de l'époque où le legs *per vindicationem* avait son *dies cedens* au moment de la confection du testa-

(54) C'est ce qu'a vu KRETSCHMAR: *Die Natur des Praelegats*, p. 231; il déclare que la règle Catonienne fixe le *dies cedens* des legs au moment de l'initium, en ce qui concerne les conditions de validité du legs, et non en ce qui concerne sa transmission. Cf. également SCIALOJA: *Diritto ereditario romano*. Redatte da G. Secchi e Biamonte, qui dit que la règle Catonienne procède comme si le jour du *dies cedens* était celui de la rédaction du testament.

ment. Le legs *per vindicationem* ne peut porter que sur un objet qui appartient au testateur *ex jure quiritium* au moment de la confection du testament et au moment de la mort du disposant, au moment de l'initium et au moment du *dies cedens*, à moins toutefois que le legs ne porte sur des choses qui se pèsent, se comptent ou se mesurent (55). La propriété quiritaire est exigée parce que le legs *per vindicationem* fait naître la revendication. Et, pour pouvoir revendiquer, il faut être propriétaire quiritaire. Mais pourquoi ne suffisait-il pas que la propriété quiritaire existât au moment de la mort, au moment du *dies cedens* ? C'est, en effet, au moment de la mort seulement que se forme sur la tête du légataire un droit, sanctionné par la revendication, dont l'exercice est suspendu jusqu'au jour du *dies veniens*. Ce n'est pas en vertu de la règle Catonienne que la propriété quiritaire est exigée au moment de la confection dans le legs *per vindicationem* (56). Cette exigence n'est pas, en effet, particulière aux legs purs et simples et se trouve aussi bien dans les legs conditionnels (57). En outre, elle se trouve dans une variante du legs *per vindicationem*, le legs de liberté, auquel ne peut en aucun cas s'appliquer la règle Catonienne, puisque son *dies cedens* ne se place jamais à la mort, mais se confond avec le *dies veniens* au jour de l'adition

(55) Gaius: II. 196.

(56) ARNDTS: *Ueber die Catonianischen Regel*. pp. 231 et ss. LEONHARD: *Institutionen*. p. 361.

(57) Gaius: II-196, s'exprime d'une façon absolument générale.

d'hérédité (58). Si ce n'est pas en vertu de la règle Catonienne que la propriété quiritaire est exigée *utroque tempore*, ce ne peut être que par une survivance de l'état de choses qui a fait naître la règle Catonienne, de l'époque où le legs *per vindicationem* comme la stipulation ou tout autre acte entre vifs arrivait immédiatement à sa perfection, *ex praesenti accipit vires*, avait son *dies cedens* confondu avec l'initium.

Il est donc, croyons-nous, bien établi que dans une période intermédiaire entre la *mancipatio familiae* primitive et le testament *par aēs et libram* modifié, il y a eu un testament qui ne contenait que des legs *per vindicationem* dont le *dies cedens* était confondu avec l'initium. Et c'est dans cet état de choses qu'est née la règle Catonienne.

XVIII

Il nous reste à répondre à une objection à l'aide de laquelle on pourrait réfuter notre explication. La règle Catonienne formulée au VI^e siècle par un des deux Caton n'est-elle pas de beaucoup postérieure à ce stade de transformation de la *mancipatio familiae* ?

Il est certain que la *mancipatio familiae* existe déjà dans sa seconde forme à l'époque de Cicéron. Mais à cette époque n'existe-t-elle pas depuis très longtemps dans cette forme ? Dans la seconde moitié du VI^e siècle deux lois interviennent pour réglementer le testa-

(58) ARNDTS: *op. cit.* p. 234.

ment, la loi Voconia de 585 (59) et la loi Furia (60), dont la date est très voisine. La loi Furia décide qu'il ne peut être fait aucun legs d'une valeur supérieure à 1.000 as. La loi Voconia défend qu'un légataire ne reçoive à lui seul plus que l'héritier ou tous les héritiers ensemble. La loi Voconia décide en outre que les citoyens inscrits au cens comme possédant une fortune de 100.000 as ne pourront instituer une femme héritière (61). La loi Voconia prouve donc qu'en 585 la *mancipatio familiæ* est complètement assimilée au testament comitial, et peut servir à faire non seulement des legs, mais aussi des institutions d'héritiers. Il est, en effet, à peu près incontestable que la loi Voconia ne peut pas intervenir pour régler le testament comitial, déjà en désuétude, et par lequel une femme n'a sans doute jamais pu être instituée héritière. On peut donc affirmer qu'à l'époque de Caton l'ancien, la *mancipatio familiæ* est dans sa seconde forme.

Mais elle n'y est pas depuis longtemps. En effet, on est accoutumé de dire que la loi Furia et la loi Voconia prouvent un long usage de la seconde forme

(59) Sur la date de la loi Voconia, DE VANGEROW: *Ueber die lex Voconia*. p. 3. Cicéron fixe cette date, *De Senectute*, 5-14: *Cæpione et Philippo iterum consulibus* (585) *cum ego quinque et sexaginta annos natus* (Caton l'ancien né en 520) *legem Voconiam magna voce et bonis lateribus suasissem*.

(60) Sur la date incertaine de la loi Furia, GIRARD: *Manuel*. p. 970. n. 7. Cette loi paraît postérieure à la loi Cincia (550) et antérieure à la loi Voconia (585).

(61) Gaius: II-274.

de la *mancipatio familiæ* (62) parce qu'elles visent à réprimer un abus de la liberté de léguer qui n'a pu s'établir que par l'usage prolongé d'un testament soustrait au contrôle des comices. Mais cette liberté de faire des legs existait aussi bien quand le legs *per vindicationem* était la seule disposition possible dans la *mancipatio familiæ*, et, alors, elle pouvait être aussi dangereuse. Si l'on avait voulu simplement réprimer l'abus des legs, il aurait fallu le réprimer bien avant Caton.

Si l'on a brusquement restreint au milieu du VI^e siècle le droit de faire des legs en nombre illimité, c'est uniquement parce qu'alors est apparue, dans la *mancipatio familiæ*, une nouvelle disposition testamentaire, plus pratique que le legs pour concilier les volontés du testateur et le maintien de l'unité du patrimoine : l'institution d'héritier. Et il n'était pas nécessaire que l'institution d'héritier fut possible dans la *mancipatio familiæ* depuis longtemps pour que l'on éprouvât le besoin de la favoriser aux dépens des legs. Enfin, la disposition de la loi Voconia qui interdit d'instituer une femme héritière nous révèle très sûrement l'esprit et les motifs des lois testamentaires du VI^e siècle. La loi Voconia est la preuve que la faculté d'instituer un héritier existe depuis peu dans la *mancipatio familiæ*. Quel peut être, en effet, le motif qui a amené à instituer les femmes héritières ? On ne peut pas admettre que la loi Voconia

(62) APPLETON: *Le testament romain*. p. 135, déclare que la loi Furia et la loi Voconia supposent un usage très prolongé de la liberté testamentaire.

soit une réaction contre une liberté depuis longtemps introduite, qu'on ait de tout temps ou depuis très longtemps admis l'institution des femmes, et que cette liberté, sans inconvénient autrefois, se soit brusquement révélée néfaste à la suite du développement du luxe et des mœurs orientales. La loi Voconia, en tant qu'elle interdit l'institution des femmes, n'est pas une loi somptuaire, ou, en tout cas pas principalement une loi somptuaire ; il lui est fort indifférent qu'une femme puisse recevoir une très grosse somme d'argent par testament (63), pourvu que ce soit à titre de légataire et non pas d'héritière instituée. Ce que la loi veut donc éviter ce n'est pas tant le gaspillage d'une fortune par une femme que l'institution même d'une femme comme héritière. Ce qu'on craint d'accorder aux femmes c'est donc un droit que seule peut faire naître l'institution d'héritier à l'exclusion du legs. Ce ne peut être que le droit, ou plutôt le devoir de continuer le culte du défunt, la charge des *sacra*. Et si on ne veut pas que la charge des *sacra* repose sur la tête d'une femme, c'est parce que la femme ne peut pas supporter cette charge, parce qu'il peut arriver, si elle se marie, suivant une des formes qui font passer la femme dans la manus de son mari, qu'elle soit obligée d'abandonner le culte de ses ancêtres pour suivre celui de son nouveau *pater familias*. Mettre les *sacra* à la charge d'une femme, c'est ce qui n'avait jamais pu

(63) La loi Voconia permet à la femme, s'il y a un seul héritier institué, de recueillir, à titre de légataire, la moitié de la succession. Gaius: II-226.

se produire avant le VI^e siècle, parce que, même si le testament comitial avait permis d'instituer une femme héritière, les pontifes se seraient opposés à cette institution, et parce que le testament par acte privé ne transférerait pas primitivement la charge des *sacra*. La loi Voconia a donc été faite pour remédier aux inconvénients d'une liberté qui s'introduisait, pour la première fois, grâce au testament *per aes et libram*. Quand la loi réagit-elle contre une liberté contraire aux mœurs ? Est-ce quand cette liberté existe depuis déjà suffisamment longtemps pour que tout le monde soit habitué à ses effets, ou bien quand elle s'exerce pour la première fois et produit des effets inaccoutumés ? Si l'inconvénient qu'il y a à instituer une femme héritière est d'amener l'extinction des *sacra*, de commettre envers tous ses ancêtres et envers soi-même un sacrilège, peut-on distinguer dans la perpétration de ce sacrilège l'usage de l'abus ? La loi Voconia, loin d'être une loi rendue longtemps après l'introduction de l'institution d'héritier dans la *mancipatio familiæ*, a été rendue au moment même où s'introduisait la liberté d'instituer une femme, pour en limiter les inconvénients.

XIX

On a un autre témoignage de cette évolution relativement tardive de la *mancipatio familiæ* dans les réglemens des pontifes en matière de *sacra*. Nous savons que les anciens enseignaient qu'on était astreint à la charge des *sacra* des trois façons suivantes, ou bien comme héritier, ou bien si l'on pre-

naît la plus grande partie de la fortune, ou encore si l'on était légataire de la plus grosse part des biens (64). On est accoutumé de rattacher cette doctrine à Ti. Coruncanus, le premier grand pontife plébéen, mais sans fondement. Cicéron, sur lequel on s'appuie, dit simplement que cette doctrine est celle des grands pontifes anciens, et si, parmi eux, il cite le seul nom de Coruncanus, c'est, sans doute, parce qu'il est le plus célèbre et non pas parce qu'il a eu le rôle le plus important : Cicéron, en effet, après avoir mentionné Coruncanus et Scævola, ajoute : « et les autres ». Cette doctrine des anciens sur l'obligation aux *sacra* n'implique aucunement l'existence de la *mancipatio familiæ* seconde manière. Cicéron ne prétend pas nous rapporter une réforme des grands pontifes anciens, mais simplement le résumé de la doctrine courante en matière de *sacra* : *hereditate* peut désigner aussi bien l'héritier d'un testament comitial que l'héritier *ab intestat* ; *si majorem partem pecuniæ capiat* peut désigner ce qui reste dans la propriété du *familiæ emptor* dans le cas où le testateur n'a pas épuisé dans la *nuncupatio* la totalité des biens qui faisaient l'objet de la mancipation, ou bien ce que le *familiæ emptor* transmet aux bénéficiaires ; *si majorem pars pecuniæ legata est* peut désigner, soit les legs laissés dans le testament comitial, soit ceux laissés *per vindicationem* dans la

(64) Cicéron: *De Legibus*. II-20. ROBY: *Roman private law*, p. 387. DE CAQUERAY: *Explication des passages de droit privé contenus dans Cicéron*. pp. 516-527. KOOIMAN: *Fragmenta juris quiritorium*. p. 122.

mancipatio familiæ. Rien, dans tout cela, n'oblige à admettre l'existence de l'institution d'héritier dans la *mancipatio familiæ*.

Si les Scævola ont éprouvé le besoin de modifier ce règlement, c'est, sans doute, parce qu'avant leur pontificat une transformation s'est produite dans le testament, transformation qui ne pouvait être que la fusion de la *mancipatio familiæ* et du testament comitial. C'est donc au VII^e siècle que se produisent les dernières répercussions de l'évolution du testament *per æs et libram*. On peut, dès lors, supposer avec une grande vraisemblance que la fusion du testament comitial et du testament par *mancipatio familiæ* est contemporaine de la vie des Caton, et non pas de beaucoup antérieure.

On est donc autorisé à croire que la règle formulée par un des deux Caton a été nécessitée par les transformations de la *mancipatio familiæ*. Comme le principe que contient la règle a certainement été formulé dans des *responsa* avant d'être formulé dans la règle, il remonte à une époque où le testament par *mancipatio familiæ* ne comportait pas d'institution d'héritier. S'il est donc bien certain que la règle Catonienne correspondait à la logique des choses bien peu de temps avant les Caton, il est probable qu'elle y correspondait encore au moment où elle a été formulée. Et cela d'autant mieux que rien ne prouve que l'évolution du testament par mancipation soit complètement terminée par la possibilité d'y faire une institution d'héritier. Le *dies cedens* a fort bien pu continuer à se placer au moment de la confection assez

longtemps après que la *mancipatio familiæ* a pu contenir une institution d'héritier. Pourquoi a-t-il, en effet, fallu reporter le *dies cedens* au moment de la mort? Ce n'est pas par le seul fait qu'on a ajouté une institution d'héritier à la *mancipatio familiæ*. Tant que le legs *per vindicationem* a pu rester indépendant de l'institution d'héritier, le droit au legs pouvait continuer à se fixer sur la tête du légataire au moment de la confection sans qu'il en résultât aucun inconvénient. C'est le désir de subordonner le legs à l'institution d'héritier, le triomphe dans la *mancipatio familiæ* de la maxime : *velut caput et fundamentum intellegitur totius testamenti heredis institutio* (65) qui ont contraint de reporter le *dies cedens* des legs à la mort, ou plutôt à l'adition d'hérédité. En effet, un paragraphe de la paraphrase grecque dit qu'autrefois le *dies cedens* des legs se plaçait au jour de l'adition (66). Le report du *dies cedens* au jour de l'adition d'hérédité s'est probablement produit sous la pression des nécessités pratiques, pour permettre aux créanciers d'exercer leur action contre un héritier propriétaire de tout le patrimoine. Il ne suffisait pas, en effet, que le créancier trouvât en face de lui un héritier obligé aux dettes ; il fallait encore que le testateur ne puisse, par des legs *per vindicationem* transmis directement au légataire, soustraire une trop grosse part de l'actif héréditaire au gage du créancier. L'évolution du legs *per vindicationem* a,

(65) Gaius:II-229.

(66) Théophile: 20. II-20.

sans doute, été facilitée par la présence dans la seconde forme de la *mancipatio familiae* du legs *per damnationem* (67) nécessairement soumis à l'institution d'héritier. Le legs *per damnationem* a probablement été le premier acte complètement émancipé du principe de la concentration, le premier dont le *dies cedens* se soit détaché de l'initium, pour se placer au jour de la mort du testateur, parce que le legs *per damnationem* n'a pu exister que subordonné à une institution d'héritier. Mais ce rapprochement du legs *per vindicationem* et du legs *per damnationem* n'a eu lieu que tardivement ; nous en trouvons la preuve dans les controverses entre Sabinien et Proculien (68). Elles révèlent que les jurisconsultes du I^{er} siècle de l'Empire sont fort embarrassés pour concilier la nature du legs *per vindicationem* qui opère un transfert direct de propriété du testateur au légataire avec le droit de propriété de l'héritier institué sur l'objet des legs *per vindicationem* quand la libéralité a été faite sous condition. Les Sabinien pensent que l'héritier est propriétaire de l'objet du legs *pendente condicione*, tandis que les Proculien croient que l'objet est *res nullius*. Ces hésitations prouvent que la question qu'ils examinent ne se pose pas depuis très longtemps. On est ainsi autorisé à croire que, pendant un certain temps encore après Caton, le

(67) Nous n'entendons pas affirmer comme FERRINI: *Legati*, p. 23, que le legs *per damnationem* ne remonte pas au delà du VII^e siècle, mais simplement qu'il n'existe pas dans la *mancipatio familiae* avant cette époque.

(68) Gaius: II-200.

dies cedens du legs *per vindicationem* a continué à être fixé au jour de l'initium.

XX

La règle Catonienne restait logique et les Caton l'ont formulée parce qu'elle était nécessaire dans un droit où le legs arrive à sa perfection au moment de la confection du testament, a son *dies cedens* confondu avec l'initium, mais n'est exigible qu'au moment de la mort, a son *dies veniens* distinct de l'initium. La règle Catonienne peut avoir été formulée à une époque où existait un véritable testament parce qu'il suffisait, pour qu'elle eût sa raison d'être que l'acte juridique auquel elle s'appliquait produisît certains de ses effets immédiatement, mais qu'il n'était pas nécessaire qu'il produisît tous ses effets immédiatement.

CHAPITRE IV

RÉACTION CONTRE LA RÈGLE CATONNIENNE AU DÉBUT DE L'EMPIRE.

La règle Catonienne, n'ayant eu d'utilité que dans la période de transition du testament par *mancipatio familie* première forme au testament *per æs et libram* modifié, n'a pas tardé à devenir une survivance encombrante. Du jour où le *dies cedens* des legs a été reporté au moment de la mort, il eût été logique de n'exiger l'accomplissement de conditions uniquement nécessaires à la possibilité d'exécution des legs qu'au jour de la mort. C'est pourquoi, il n'a pas été nécessaire d'attendre longtemps après le VI^e siècle pour voir se manifester une grande défaveur contre la règle qu'avait formulée Caton. On a d'abord commencé par limiter sa sphère d'application aux cas qu'elle avait toujours régis. Puis, on s'est efforcé de soustraire à l'emprise de la règle une partie des legs, dans lesquels elle avait toujours exigé la présence des conditions de validité à l'initium.

Dans aucun cas nouveau, on n'a appliqué la règle. Nous savons déjà qu'elle est restée étrangère aux fidéicommiss (1), tout au moins dans les premiers temps de leur existence juridique, et cela parce que les fidéicommiss n'ont été reconnus comme actes juridiques qu'au VIII^e siècle (2), à un époque où la règle Catonienne n'était plus qu'une survivance.

I

Mais c'est dans le droit des legs que se révèle le plus nettement la tendance à restreindre la sphère d'application de la règle Catonienne. Toutes les fois que se présente un obstacle à l'exécution qui n'existait pas dans le droit ancien, on ne l'a pas soumis à la règle, et il a suffi que l'obstacle fût levé au moment du *dies cedens*.

Le premier problème qui s'est présenté a été soulevé par le vote de la loi Falcidie, proposée en 714 par le tribun Falcidius. La loi Falcidie, destinée comme la loi Furia et la loi Voconia à limiter le nombre et la quotité des legs, accorda à l'héritier le droit de réclamer un quart de l'actif net, et interdit aux légataires d'en recevoir plus des trois quarts. Pour savoir si l'ensemble des legs ne dépassait pas les trois quarts de l'hérédité, il était nécessaire de déterminer la valeur de la succession, d'estimer les corps héréditaires et les créances, et de déduire les dettes, les frais de liquidation et les frais funéraires ; on divi-

(1) Cf. p. 68 et ss.

(2) § 1. *Just.* II-23.

sait le total par quatre, et l'on recherchait si la valeur de ce qu'acquerrait l'héritier équivalait au quart. Sinon, tous les legs devaient être réduits proportionnellement. Les legs étaient donc inutiles pour la part qui excédait la quarte.

A quel moment fallait-il calculer le montant de la quarte ? Si l'on avait appliqué la règle Catonienne, on aurait du dire : « Tout legs qui aurait été inutile, si le testateur était mort au moment de la confection du testament, parce que l'héritier n'était pas alors empli de sa quarte, sera inutile pour la part dont il excède la quarte à quelque moment que meure le testateur ». Mais, il est bien établi que personne n'a jamais songé à appliquer ici la règle Catonienne. Si l'on a hésité sur le jour auquel il fallait se placer pour apprécier les forces de l'hérédité, c'est parce qu'on aurait pu choisir, soit le moment de la mort, soit celui de l'adition d'hérédité (3), mais personne n'a proposé celui de la confection. La règle Catonienne ne concerne pas la loi Falcidie.

II

Peu de temps après cette première loi, une autre restriction à la liberté de recevoir des legs a été introduite par les lois Julia et Papia Poppaea. Auguste, pour encourager au mariage et à la paternité, voulut refuser aux célibataires et aux gens mariés sans enfants certains avantages dont pouvaient profiter les pères de famille. Deux lois successives sont interve-

(3) Marcellus: 56. D. 35-2. Gaius: 73 pr. D. 35-2.

nues : la loi *Julia de maritandis ordinibus*, de 736, qui vise le *cœlebs* et la loi *Papia Poppaea*, de 762 (4), qui vise les *orbi*. A partir de ces deux lois, les célibataires et les *orbi* furent, sauf lorsqu'ils étaient unis par un lien de proche parenté au testateur, privés totalement ou en partie du droit d'être gratifiés par testament. A ces deux lois on joint généralement la loi *Junia Norbana* (5), dont la date est voisine, et qui édicte une incapacité de recevoir des libéralités testamentaires contre les affranchis latins-juniens. Il y a désormais une exigence nouvelle requise pour recevoir un legs ou bénéficier d'une institution d'héritier : le *jus capiendi*.

Le défaut de *jus capiendi* est uniquement un obstacle à l'exécution d'une libéralité testamentaire. Le *jus capiendi* n'est pas, en effet, un élément de la capacité du bénéficiaire, et ne fait pas partie des conditions nécessaires pour avoir la *testamenti factio*. Le droit à la libéralité peut, en dépit de l'absence du *jus capiendi*, se fixer sur la tête du légataire ou de l'héritier (6), mais le bénéficiaire ne peut pas recueillir le montant de la libéralité. Le nouvel obstacle à l'exécution d'une libéralité que créaient les lois caducaires,

(4) Sur la date de la loi *Papia Poppaea*, Cuv: *Institutions juridiques*. p. 729. n. 4.

(5) Cuv: *Institutions juridiques*. p. 101. n. 4.

(6) C'est pour cela que le testament portant institution d'une personne dépourvue du *jus capiendi* peut révoquer un testament antérieur, (Gaius: II-144.), alors que le testament contenant l'institution d'un incapable ne révoquerait pas un testament antérieur.

aurait dû, en tant qu'il s'opposait aux effets d'un legs, être régi par la règle Catonienne s'il s'était présenté deux siècles plus tôt. On aurait dû, en effet, dire : « le legs qui aurait été inutile au moment de la confection du testament, parce que le légataire n'avait pas alors le *jus capiendi*, restera inutile à quelque moment que meure le testateur ». Mais bien loin d'appliquer la règle de Caton, on a décidé que le *jus capiendi* n'était requis qu'au moment de la mort ; et on a même accordé aux bénéficiaires des libéralités un délai de 100 jours après la mort pour se mettre en règle avec les lois caducaires (7).

Voilà donc deux conditions des plus importantes pour l'exécution des legs : respect de la quarte falcidie et présence du *jus capiendi*, qui sont soustraites à l'application de la règle Catonienne. Des quatre lois, qui depuis la mort de Caton ont élevé de nouveaux obstacles à l'exécution des legs, loi Falcidie, loi Julia, loi Papia Poppaea, loi Junia Norbana, aucune n'a donc été appliquée dans l'esprit de la règle Catonienne (8). C'est ce que constate Ulpien,

(7) Ulpianus: *Reg.* XVII-1.

(8) Cependant, on trouve, pendant la période classique, une nouvelle application de la règle Catonienne. Un senatus-consulte, rendu sous Hadrien, en 122, défendait de léguer *ea quæ ædibus juncta sunt*. (Ulpianus: 41. *pr.* D. 30). Ulpien déclare que le legs des matériaux qui font partie d'un immeuble est régi par la règle Catonienne. Il est nul *ab initio*, sauf quelques facilités laissées au propriétaire qui possède plusieurs immeubles (41. §§ 4 et 14. D. 30.), ou qui veut contribuer à une œuvre d'utilité générale (41. § 5.). BRINZ: *Pandekten*. III-312. Nous sommes donc en présence d'une

lorsqu'il dit : *regula Catoniana ad novas leges non pertinet* (9). Le sens de cette phrase est très clair ; il faut la traduire ainsi : la règle Catonienne ne concerne pas les lois nouvelles. Mais il ne faut pas donner à cette formule une portée réglementaire qu'elle n'a pas, en la traduisant : la règle Catonienne ne doit pas s'appliquer aux lois nouvelles. Ulpien n'a pas eu la prétention de régir l'avenir, il a simplement résumé les observations qu'il avait faites, et sa pensée apparaîtrait encore plus nettement, si l'on traduisait : la règle Catonienne n'a pas été appliquée aux lois nouvelles. Les *novæ leges*, ce sont les lois nouvelles par rapport à la règle Catonienne : la loi Falcidie et les lois caducaires.

Tel n'est pas cependant l'avis de la presque unanimité des auteurs (10). Ils n'hésitent pas, en effet, à affirmer qu'il faut entendre par *novæ leges*, unique-

extension du domaine de la règle Catonienne, à l'époque classique. Mais, en tout cas, il s'agit d'un *senatus-consulte*, et non pas d'une loi. Mais nous croyons que l'extension donnée ici à la règle se concilie fort bien avec la défaveur qu'inspirait la règle Catonienne. On était en présence d'une crise de l'habitation très grave ; il fallait, pour y remédier, employer des mesures sévères. Homo: *Problèmes sociaux de jadis et d'à présent*. p. 70. On a appliqué la règle, pour augmenter l'efficacité de la prohibition ; mais on ne s'en est pas tenu à la lettre de la formule de Caton, et on n'a pas hésité à laisser la règle de côté, lorsqu'il y avait un intérêt légitime.

(9) Ulpianus: 5. D. 34-7.

(10) DE VANGEROW: *Lehrbuch d. Pandekten*. II. p. 511, dit : on est depuis longtemps d'accord que par *novæ leges* il faut entendre les lois Julia et Papia Poppaea. Cf. FERRINI: *Il Di-*

ment les lois caducaires : les lois Julia et Papia Pop-paea, et peut-être aussi la loi Junia Norbana. En tout cas *novæ leges* n'aurait pas un sens plus étendu et ne pourrait aucunement être traduit par lois nouvelles.

III

Mais on n'invoque à l'appui de cette affirmation, ni texte, ni raisonnement, et ce n'est pas non plus la place que notre fragment occupait dans l'œuvre d'Ulpien qui a pu lui servir de base. Certes, cette théorie avait eu autrefois sa raison d'être dans les hypothèses échaufaudées par des auteurs anciens sur la signification du texte d'Ulpien. Ce n'est pas sans logique que Cujas et ses contemporains donnaient un sens restrictif à *novæ leges* ; mais quand ils affirmaient qu'il faut le traduire par lois caducaires, ils prêtaient au reste de la phrase un sens tout différent de celui que nous lui attribuons aujourd'hui. Il y avait, croyaient-ils, dans les lois caducaires deux dispositions de nature bien différentes : la première entraînait l'exigence du *jus capiendi* ; la seconde, qui avait pour but d'augmenter le nombre des *caduca*, reportait le *dies cedens* des legs au jour de l'*apertura tabularum* (11). Au lieu d'admettre que la phrase d'Ulpien visait dans les lois caducaires l'exigence du *jus capiendi*, ils la rapportaient à la disposition qui

gesto Italiano, V. Catoniana. — CICALA: *op. cit.* p. 67. n. 23. — MACHELARD: *op. cit.* p. 535. — HARNIER: *op. cit.* § 11. — MULLER: *op. cit.* p. 295. — MAYNZ: *Cours de droit romain*, III. p. 665.

(11) Ulpianus: *Reg.* XXIV-31.

modifiait la date du *dies cedens*. Du jour, en effet, où le *dies cedens* n'a plus eu lieu au jour de la mort, mais seulement au jour de l'*apertura tabularum*, il devenait impossible d'appliquer à aucun legs le principe de la règle Catonienne, puisque celle-ci ne concerne, ainsi que le dit Papinien (12), que les legs dont le *dies cedens* se place à la mort. A partir du moment où le *dies cedens* a été reculé jusqu'à l'*apertura tabularum*, c'est-à-dire, à partir des lois caducaires, la règle Catonienne a dû sortir d'usage (13). La phrase d'Ulpien ne signifie donc pas que la règle Catonienne ne concerne pas les incapacités édictées par les lois nouvelles, mais que la règle Catonienne ne concerne pas les legs dont le *dies cedens* a été reculé par les lois caducaires jusqu'à l'*apertura tabularum*. Il est évident que dans ce sens *novæ leges* ne pouvait s'entendre que des lois caducaires, puisque c'était aux lois caducaires qu'on rattachait le recul du *dies cedens*.

Mais cette interprétation du fragment d'Ulpien est abandonnée depuis bien longtemps ; elle n'a pas pu résister à la critique (14). Elle heurtait ouvertement

(12) Papinianus: 3. D. 34-7. *Catoniana regula non pertinet ad hereditates neque ad ea legata, quorum dies non mortis tempore, sed post aditam cedit hereditatem.*

(13) CUJAS, *Obs.* IV-4. — HEINECCIUS: *Ad legem Juliam et Papiam Poppaeam*. p. 380. — J. GODEFROY: *Notæ ad capita legis Juliæ caducariæ*. (Thesaurus juris romani d'Otton. III). col. 236. n. 3.

(14) Voir surtout les critiques de DE VANGEROW, *Pandekten*. II. p. 511. — MULLER, *op. cit.* p. 296. — FERRINI, *Digesto Italiano*. *loc. cit.* — HARNIER, § 11. — CICALA, *op. cit.* p. 67. n. 23.

tout ce que nous savons sur la règle Catonienne. Les jurisconsultes dont les œuvres nous la font connaître ont écrit à une époque postérieure au vote des lois caducaires, et il ressort sans conteste des nombreux passages qui nous sont parvenus qu'ils ne traitaient pas la règle Catonienne comme une institution purement historique, dont il n'importait de rappeler l'existence que pour la connaissance du passé, mais comme une règle actuellement en vigueur dont il était indispensable de connaître le maniement pour résoudre les problèmes qui se présentent devant le praticien. Quand on constate que la règle Catonienne est encore une institution vivante après les lois caducaires, et à une époque où ces lois sont encore en vigueur, on est bien obligé de conclure que les lois caducaires ne lui ont pas enlevé toute utilité, et quand on voit Ulpien lui-même commenter la règle Catonienne, en délimiter la sphère d'application et prévenir qu'il ne faut pas l'appliquer aux institutions conditionnelles (15), on est bien obligé d'admettre qu'il n'a pu, dans un autre fragment du même ouvrage, dire qu'elle était depuis longtemps hors d'usage (16).

Il n'est, en outre, nullement établi que le recul du *dies cedens* jusqu'au jour de l'*apertura tabularum* soit une conséquence des lois caducaires. Si, en effet, Ulpien dit incidemment que c'est par les lois caducaires que le *dies cedens* des legs a été fixé au jour

(15) Ulpianus: 4. D. 34-7.

(16) Ulpianus: 5. D. 34-7.

de l'*apertura tabularum* (17), un texte beaucoup plus précis de Justinien déclare que c'est un *senatus-consulte* contemporain des lois caducaires qui a modifié la date du *dies cedens* (18). Le report du *dies cedens* au jour de l'*apertura tabularum* a évidemment un but fiscal. Mais ce ne peut être celui qu'on donne habituellement, le désir de produire un plus grand nombre de *caduca* : *ut quod in medio deficiat, hoc caducum fiat* (19). Les lois caducaires n'ont pas été introduites dans un but fiscal, pour enrichir le trésor des libéralités enlevées au célibataires et aux *orbi*, mais bien pour encourager ceux-ci à se marier et à avoir des enfants. Les *caduca* sont attribués en premier lieu non pas à l'*ærarium*, mais aux colégataires chargés de famille comme *præmia patrum* (20). Ce n'est pas au nombre des *caduca* que devait se mesurer le succès des lois caducaires ; si elles avaient atteint leur but, elles auraient, au contraire, supprimé les *caduca* en incitant les gratifiés à se marier et à avoir des enfants. Bien loin de prétendre accroître le nombre des *caduca*, elles accordaient pour le diminuer un délai de 100 jours après la mort pendant lequel le gratifié pouvait se mettre en règle (21).

(17) Ulpianus, *Reg.* XXIV-31.

(18) Justinianus: *Const.* 1 § 1. C. VI-51.

(19) Justinianus: *Const.* 1 § 1. C. VI-51.

(20) Gaius: II-206. Ulpianus: XVII-2. L'innovation de *Caracalla*, à laquelle Ulpien fait allusion n'a été que passagère, et, jusqu'à l'abrogation des lois caducaires, l'*ærarium*, puis le *fisc* ne sont venus qu'en dernier rang. Justinianus: *Const.* 1 § 14. C. VI-51.

(21) Ulpianus: *Reg.* XVII-1.

On ne voit donc pas en quoi elles auraient pu augmenter le nombre des *caduca*, en reculant de quelques jours le *dies cedens* des legs. Autant la mesure qui reculait le *dies cedens* jusqu'à l'*apertura tabularum* paraissait inutile comme complément des lois caducaires, autant elle pouvait être efficace pour assurer le prélèvement de l'impôt sur la *vicesima pars hereditatium* (22). Les lois caducaires n'avaient pas primitivement de but fiscal, tandis que le recul du *dies cedens* au jour de l'*apertura tabularum* avait un but uniquement fiscal. Si l'on voulait donc admettre que la phrase d'Ulpien visait le recul du *dies*

(22) C'est, en effet, à la suite d'un impôt sur les successions (*vicesima pars hereditatium*), établi par Auguste, que l'*apertura tabularum* devint un acte juridique soumis à des formalités réglementaires. Dion-Cassius: 55-25 CAGNAT: *Impôts indirects chez les Romains*. pp. 175-226. VIGIÉ: *Revue Générale de droit*. 1881. pp. 101-130. Enfin, Paul, dans le titre de *vicesima* (*Sentences*: IV-6.), expose les formalités de l'*apertura tabularum*. On a donc quelques raisons de croire que le report du *dies cedens* au jour de l'*apertura tabularum*, dont on ne peut concevoir l'utilité pour l'application des lois caducaires, a été opéré dans le but de faciliter la perception de l'impôt.

En effet, en même temps qu'on reculait le *dies cedens* des legs, on en reculait le *dies veniens*. Et, il pouvait y avoir quelque intérêt à ne pas permettre la délivrance des legs, tant que le fisc n'avait pas exercé son contrôle sur la succession, de même que, dans notre droit moderne, il pourrait être utile de supprimer la saisine. Il paraît d'ailleurs difficile, que la mesure qui rendait obligatoire l'ouverture des tablettes en public, n'ait pas entraînée automatiquement le recul du *dies cedens*. Il était, en effet, impossible de connaître sûrement le nombre, la quotité et la destination des libéralités testamentaires avant l'ouverture des tablettes.

cedens, il faudrait reconnaître que le jurisconsulte a entendu par *novæ leges* un senatus-consulte contemporain des lois caducaires. Et c'est une traduction un peu libre que celle qui rend *regula Catoniana ad novas leges non pertinet* par ; la règle Catonienne ne s'applique plus à partir d'un senatus-consulte contemporain des lois caducaires.

Il n'y a donc plus aujourd'hui aucun motif décisif pour donner à *novæ leges* un sens restrictif ; ce n'est plus qu'une tradition qui s'est transmise sans contrôle de génération en génération alors qu'elle avait perdu sa raison d'être. Dès lors qu'il est établi que la règle Catonienne ne s'est appliquée à aucune des nullités introduites par les lois qui sont intervenues en matière testamentaire depuis la mort des Caton jusqu'au jour où écrivait Ulpien, on est autorisé à traduire *novæ leges* par lois nouvelles.

IV

Mais bien que ce ne soit pas l'œuvre des lois caducaires, il n'en reste pas moins à expliquer comment, malgré le recul du *dies cedens* jusqu'au jour de l'*apertura tabularum*, la règle Catonienne a continué à subsister. Pourquoi la règle Catonienne s'applique-t-elle encore, alors qu'il n'y a plus de legs dont le *dies cedens* se place au jour de la mort ? Comment un legs pourrait-il être inutile, si le testateur mourait immédiatement puisqu'il n'y a plus de legs qui arrive à sa perfection au moment où meurt le testateur ? Si la formule de la règle n'a pas permis de l'appliquer aux legs conditionnels, — parce que ceux-ci n'étant

pas destinés à s'exécuter au moment même de la mort du testateur, il importerait peu qu'ils soient inexécutables au moment de la confection même si le testateur mourait aussitôt après avoir fait son testament — elle n'a pas dû permettre de l'appliquer aux legs purs et simples, à partir de la réforme du *dies cedens* parce que plus aucun legs n'est destiné à s'exécuter au moment même de la mort. Etant donnée la défaveur évidente dans laquelle était tenue la règle Catonienne au VIII^e siècle, il est impossible qu'on ait continué à l'appliquer, s'il y avait un prétexte pour l'éviter (23). Si donc, on n'a pas pu éviter d'appli-

(23) On peut, il est vrai, soutenir que Papinien (3. D. 34-7.) veut dire que la règle Catonienne s'applique à tous les legs, même à ceux dont le *dies cedens* se place après la mort, pourvu qu'il se place avant l'addition d'hérédité. Comme l'*apertura tabularum* a nécessairement lieu avant l'addition d'hérédité, les legs dont le *dies cedens* est reculé jusqu'à l'*apertura tabularum* n'en doivent pas moins être soumis à la règle. MACHELARD: *op. cit.* p. 535. Mais il ne faut pas oublier que suivant l'opinion courante Papinien n'a pu formuler le fragment 3 qu'en s'inspirant de la définition même de la règle Catonienne. Or, la définition de Caton, suivant l'interprétation généralement admise, exemptait tous les legs dont le *dies cedens* ne se place pas aussitôt après la mort. DE VANGEROW: *op. cit.* p. 511, pense que si l'on interprète largement la définition de la règle Catonienne, on doit la paraphraser ainsi : ne sont exclus du domaine de la règle que les legs dont le *dies cedens* a une place anormale par rapport aux autres ; or, avant le senatus-consulte sur l'*apertura tabularum*, le *dies cedens* se place normalement au jour de la mort ; après ce senatus-consulte, sa place normale est au jour de l'*apertura tabularum*.

FERRINI: *Il Digesto Italiano. V. Catoniana.* p. 637, suppose que les lois caducaires ont exigé que les conditions de vali-

quer la règle Catonienne, c'est que le prétexte n'existait pas ; c'est que la formule primitive de la règle Catonienne régissait aussi bien les legs conditionnels que les legs purs et simples. Ce n'est pas Caton, mais Papinien qui a affirmé que la règle Catonienne ne devait s'appliquer ni aux legs conditionnels ni à ceux dont le *dies cedens* se place avant l'adition d'hérédité.

Quand Caton a dit que les legs qui auraient été inutiles, si le testateur était mort au moment de la

dité se maintiennent jusqu'à l'*apertura tabularum*, mais n'ont pas empêché que, selon le droit civil, le *dies cedens* se place toujours à la mort. C'est pour cela que les jurisconsultes classiques continuent d'affirmer que le *dies cedens* des legs purs et simples se place au jour de la mort. Ulpianus: 5 § 1. D. 36-2. Mais il n'en reste pas moins d'autres textes qui prouvent que le *dies cedens* des legs a été reporté au jour de l'*apertura tabularum*. Ulpianus: *Reg.* XXIV-31. Il est probable que si l'on continue à dire que les legs purs et simples ont leur *dies cedens* au moment de la mort, tandis que les legs conditionnels ont leur *dies cedens* à l'événement de la condition, c'est qu'il est plus commode et plus expressif d'opposer au jour de l'événement de la condition, le jour de la mort que celui de l'*apertura tabularum*.

Les explications de Von Vangerow et de Ferrini ne sont pas illogiques; mais elles reposent toutes deux sur un postulat certainement faux : les jurisconsultes n'ont pas interprété rigoureusement les termes de la règle Catonienne. Cette hypothèse serait vraisemblable, si nous ne savions que la règle Catonienne est une survivance encombrante, acceptée par la force de la tradition, mais à regret. Etant donné cet état d'esprit, il est bien certain qu'à l'époque des lois caducaires on aurait saisi le moindre prétexte pour rejeter la règle, au lieu d'interpréter, en faveur de son application, les textes qui l'excluaient.

confection du testament, ne pourraient jamais s'amender, il a voulu faire comprendre par une image à des gens qui constataient que l'exécution des legs n'avait lieu qu'à la mort, qu'il fallait agir comme si l'exécution avait été immédiate. Le jurisconsulte ne voulait pas faire de distinction entre les legs qui doivent s'exécuter au moment du décès et ceux qui ne pourront s'exécuter que plus tard ; c'est là un point bien certain puisque les legs à terme n'ont jamais été soustraits à l'empire de la règle Catonienne. Il tenait à préciser que tous legs, à quelque époque qu'arrive leur *dies veniens*, doivent être exécutoires au jour du *dies cedens*, c'est-à-dire à l'époque de Caton, au jour de la confection. Les seuls legs qui auraient pu échapper à la règle Catonienne sont ceux dont le *dies cedens* se serait placé après la mort. Mais Caton n'a pu vouloir les exempter parce qu'ils n'existaient pas. Au moment où Caton a formulé la règle, le *dies cedens* de tous les legs se plaçait à l'initium (24). Le legs conditionnel n'est pas d'une nature très différente de celle du legs pur et simple ; l'un est soumis à une condition expresse, l'autre à une condition tacite, celle du prédécès. Comment un jurisconsulte aurait-il pu décider que le legs n'atteint sa perfection, n'a son *dies cedens* qu'à l'arrivée de la condition, lorsqu'il est soumis à une condition expresse, tandis qu'il est parfait dès l'initium quand il est soumis à la seule condition tacite du prédécès ? Si Caton avait eu devant les yeux l'image d'un acte

(24) Cf. n. 48. III.

juridique, le legs conditionnel, qui n'arrive à sa perfection, *accipit vires*, que dans l'avenir, comment aurait-il pu déclarer que le legs pur et simple produit ses effets immédiatement ? Il est très probable qu'on a pu faire des legs conditionnels à l'époque de Caton, mais que leur *dies cedens* devait se placer comme celui des legs purs et simples au jour de la confection et que seul leur *dies veniens* était différé jusqu'à l'arrivée de la condition. Avant qu'on soit arrivé à la conception moderne de la condition, modalité qui suspend l'existence du droit, on a dû connaître une condition bien peu différente du terme, modalité qui suspend simplement l'exigibilité. Le terme est une première étape sur la voie de la déconcentration ; avant qu'on arrive à la seconde, la condition, il a fallu toute une évolution. On a dû pouvoir soumettre expressément l'exigibilité du legs à un événement futur et incertain, le terme incertain, comme on pouvait la soumettre tacitement à un autre événement futur et incertain, la mort, sans retarder la naissance du droit. La condition expresse s'est modelée sur la condition tacite ; seul le *dies veniens* était primitivement différé, le *dies cedens* se confondait encore avec l'initium. Si la condition défaillait, l'acte n'en avait pas moins fait naître un droit, mais il n'était pas suivi d'exécution, de même qu'un legs suivi du prédécès du légataire, avait pris naissance, mais n'était jamais délivré. Pour qu'on ait pu suspendre l'existence des legs conditionnels jusqu'à l'arrivée de la condition, il a fallu tout d'abord qu'on ait suspendu l'existence des legs purs et simples jusqu'à l'arrivée de la mort.

Pour que soit retardé le *dies cedens* des legs conditionnels, il a fallu que soit d'abord retardé le *dies cedens* des legs purs et simples.

Que le *dies cedens* des actes juridiques conditionnels ait eu lieu autrefois au moment de la confection, c'est ce qui nous est bien attesté. De même que dans les legs purs et simples il est resté des survivances de l'époque où le *dies cedens* se plaçait au jour de la confection, dans les actes juridiques conditionnels, il est resté des survivances de l'époque où le *dies cedens* se confondait avec l'*initium*.

A côté de textes qui disent très nettement que l'obligation n'existe pas avant l'événement de la condition, que le *dies cedens* de l'acte juridique ne se place qu'au moment de l'arrivée de la condition (25), il y en a d'autres qui disent que l'obligation conditionnelle a une existence juridique dès le moment de l'*initium*, et surtout il y a beaucoup de solutions qui ne peuvent s'expliquer que parce que bien des effets du *dies cedens* se produisent encore au moment de la confection (26). Une personne en puissance fait-elle

(25) Ulpianus: 213. D. 50-16. Marcianus: 13 § 5. D. 20-1. *Dicendum est ante condicionem non recte agi, cum nihil interim debeatur.*

(26) BUFNOIR: *Théorie de la condition en droit romain*. p. 280. L'obligation conditionnelle fait naître, dès l'*initium*, un *spes debitum iri*. § 4. *Just.* III-15. Gaius: 73 § 1. D. 35-2. Ulpianus: 54. D. 50-16. Paulus: 26. D. 45-3, dit: *ex præsenti vires accipit stipulatio*. Ulpianus: 42. D. 44-7, dit: *qui stipulatus est sub condicione, placet etiam pendente condicione creditorem esse*. C'est, croyons-nous, cette évolution de la condition provenant du terme, qui permet de rendre compte

une stipulation : c'est pour le *paterfamilias* qui l'avait dans sa puissance au moment de la confection de l'acte juridique que l'*alieni juris* en acquerra le bénéfice, quand bien même il aurait changé de situation avant l'événement de la condition (27). Le créancier peut prendre des mesures conservatoires dans l'intérêt de sa créance conditionnelle, et demander la *separatio bonorum* à l'encontre des créanciers de l'héritier du débiteur (28). La créance conditionnelle est dans le patrimoine une valeur active qu'on peut vendre et qu'on peut léguer (29). Les survivances ne sont pas demeurées aussi nombreuses dans les legs conditionnels que dans les obligations conditionnelles parce que l'acte à cause de mort est parvenu à s'émanciper plus rapidement et plus complètement du principe de la concentration que l'acte entre vifs (30). Mais il est demeuré dans les legs conditionnels un nombre de survivances assez grand pour prouver que dans les legs comme dans les obligations le *dies ce-*

de la nature imprécise de la condition. GIRARD: *Manuel*. p. 496, déclare qu'on ne peut répondre à la question : est-ce que le contrat existe ou n'existe pas *pendente condicione* ? Cette dualité de nature s'explique très aisément parce que le droit, tout en évoluant vers l'idée d'une condition dont l'événement doit avoir un effet créateur, a conservé toutes les solutions utiles qui découlaient de l'effet confirmatif du terme.

(27) Paulus: 78 pr. 45-1. *Quia in stipulationibus id tempus spectatur quo contrahimus*. Pomponius: 40. D. 45-3.

(29) Paulus: 8 pr. D. 18-6. Julianus: 57. D. 45-1. § 4. *Just.* III-15.

(30) Ulpianus: 42. D. 44-7.

dens des actes conditionnels a été autrefois fixé au jour de la confection. Le legs conditionnel forme dans le patrimoine de l'héritier une charge transmissible passivement (31). La créance conditionnelle qui résulte d'un legs comme celle qui résulte d'un contrat peut être garantie par une fidejussio ou par une hypothèque (32). On peut faire *pendente condicione* novation d'un legs conditionnel (33). Enfin, le légataire peut exiger *pendente condicione* la *satisfactio legatorum*, et, à défaut, obtenir l'envoi en possession des biens (34).

S'il est donc en droit romain des textes qui peuvent prouver que la condition suspend l'existence des actes juridiques, et d'autres qui prouvent, au contraire, qu'elle n'en suspend que l'exigibilité, c'est que la notion classique de la condition a été le produit d'une longue évolution. On n'a pas créé de toutes pièces, dans le droit classique, la condition avec des caractères hybrides, dont les uns sont ceux du terme, les autres ceux de la condition, mais on est parti de l'acte juridique le plus simple, le terme, pour arriver à la condition. Au fur et à mesure des besoins de la pratique et des progrès du droit, le terme s'effaçait devant la condition, dans la mesure où la notion de condition supposait une technique supérieure. Les solutions qui s'inspirent de l'idée que l'obligation n'existe pas avant l'arrivée de la condition ont été données les unes après les autres, non sans bien des

(31) Paulus: 65. D. 35-1.

(32) Ulpianus: 13 § 8. D. 46-4. Africanus: 9 § 2. D. 20-4.

(33) Ulpianus: 8 § 1. D. 46-2.

(34) Pomponius: 10. D. 36-3. Paulus: 8 § 4. D. 2-8.

controverses. C'est grâce à l'une de ces controverses que nous pouvons affirmer qu'on n'est arrivé que tardivement à se débarrasser de la règle Catonienne dans les legs conditionnels, de la règle qui, au point de vue des conditions de validité, voulait qu'on traitât les actes conditionnels comme les actes à terme. Gaius nous rapporte les discussions qui ont eu lieu à ce sujet entre les Proculiens et les Sabinien (35). Il est bien évident que, si les Proculiens ont pu soutenir que la règle Catonienne devait s'appliquer aussi bien aux legs conditionnels qu'aux legs purs et simples, c'est parce que cette application se faisait avant eux. Nous savons, qu'à l'époque des controverses Proculiennes et Sabinien, la règle Catonienne est depuis déjà longtemps une survivance incommode : l'opinion de Servius, qui se refuse complètement à admettre la règle en est bien la preuve. Etant donné cet état de choses, il est certain qu'on ne pouvait que restreindre la règle et non pas l'étendre. Si les Proculiens persistaient à laisser régir à la règle Catonienne les legs conditionnels, c'est qu'ils voyaient encore peu de différence entre la condition et le terme. C'est ce qu'ils disent eux-mêmes : si le legs conditionnel fait à une personne en la puissance de l'héritier doit être régi par la règle Catonienne, c'est que nous ne pouvons pas davantage devoir à un esclave sous condition que purement et simplement (36). Ainsi, contraire-

(35) Gaius: II-244.

(36) Gaius: II-244. *Quia quos in potestate habemus, eis non magis sub condicione quam pure debere possumus.* Les proculiens reconnaissent donc que le bénéficiaire d'un legs conditionnel est créancier *sub condicione*.

ment à ce qu'a admis la doctrine classique (37), pour les Proculiens, le legs conditionnel commence à être dû avant l'événement de la condition, comme un legs à terme commence à être dû avant l'arrivée du terme.

L'opinion Sabinienne que le legs conditionnel ne donne pas naissance à un *debere sub condicione* devait prévaloir et être consacrée par la doctrine classique, et avec son triomphe devaient disparaître une grande partie des applications anciennes de la règle Catonienne : toutes celles qui concernaient les legs qui n'arrivent à leur perfection qu'après la mort. Cette disparition devait être facilitée par la défaveur dans laquelle était tenue la règle Catonienne, et par la forme que Caton avait donnée à la règle, forme qui ne s'opposait pas absolument à ce que les legs dont le *dies cedens* ne se place pas à la mort, soient soustraits à son empire. Mais ce n'est cependant pas sans difficultés qu'on est arrivé à baser sur la règle Catonienne elle-même la possibilité d'amendement des legs conditionnels. Parce que la règle Catonienne n'avait pas prévu cette possibilité, il est certains cas dans lesquels sa formule s'est révélée inexacte. C'est un de ces cas que nous rapporte Celse au paragraphe premier, fragment 1, D, 34-7. En exposant le cas des legs soumis à une condition qui doit s'accomplir avant la mort du testateur, Celse dit qu'il est impossible d'appliquer la règle Catonienne, bien que d'après sa formule on puisse croire le contraire, et que la règle Cato-

(37) Ulpianus: 42. D. 44-7. *Is, cui sub condicione legatum est, pendente condicione non est creditor.*

nienne est fausse (38). L'évolution de la règle Catonienne qui a abouti à la possibilité de faire valablement sous conditions des legs qui seraient inutiles au moment de la confection, a donc été très tardive. Elle n'a trouvé son aboutissant que dans la phrase de Papinien : *Catoniana regula non pertinet ad hereditates neque ad ea legata, quorum dies non mortis tempore, sed post aditam cedit hereditatem* (39). Il est bien probable que l'évolution n'était pas achevée

(38) On s'est demandé, si en vertu de la règle Catonienne, il ne fallait pas annuler les legs faits sous une condition destinée à produire ses effets avant la mort, lorsqu'ils se heurtent à un obstacle au moment de l'initium. En effet, dans ces legs, le *dies cedens* se place au moment de la mort. Il est certain que si le testateur mourait aussitôt après la confection du testament, le legs ne pourrait être exécuté. Mais Celse (1 § 1. D. 34-7) déclare qu'il ne faut pas être trop scrupuleux (*an cavillamur*). Si, en effet, il fallait supposer que le legs est fait dans la pensée que le testateur doit mourir immédiatement, un legs fait sous cette condition, par exemple, *si post kalendas mortuus fuero*, devrait être considéré non pas comme inutile, mais comme *non datum*, car il serait absurde. Et Celse décide qu'il ne faut pas appliquer ici la règle Catonienne. Paul (2. D. 34-7) donne dans une hypothèse voisine la même solution. Nous avons donc une nouvelle restriction à la règle Catonienne, qui ainsi ne s'applique pas même à certains legs dont le *dies cedens* a lieu à la mort.

(39) MAREZOLL: *Précis d'un cours sur l'ensemble du droit* (Trad. Pellat). p. 575, et JOBBÉ-DUVAL : *Grande Encyclopédie*. IX. V. *Catoniana*, semblent s'être aperçus, seuls parmi tous les commentateurs de la règle Catonienne, que la non application de la règle aux legs conditionnels est l'œuvre d'une jurisprudence postérieure à Caton et la conséquence de la défaveur dans laquelle est tenue la règle Catonienne au début de l'em-

et peut-être pas même commencée, quand les lois caducaires ont été rédigées. Et c'est peut-être, simplement, parce que la règle Catonienne régissait encore les legs dont le *dies cedens* se place après la mort, qu'elle n'est pas tombée en désuétude quand le *dies cedens* des legs a été reporté à l'*apertura tabularum*.

pire. Encore n'expriment-ils pas cette idée avec une grande précision.

Ce ne sont pas les seuls legs conditionnels que la règle ne régit pas, mais aussi les legs faits sous un terme incertain; en effet, leur *dies cedens* ne se place pas au jour de la mort. Papinianus: 75. D. 35-1. Mais ces modalités sont les deux seules qui aient un effet sur la règle Catonienne; celle-ci continue de s'appliquer aux legs faits sous un terme certain. Nous avons là la preuve de l'inexactitude des théories qui, expliquant la règle par une interprétation de volonté, admettent que Caton n'aurait pas voulu appliquer sa règle aux legs conditionnels, parce que dans ceux-là le testateur a clairement exprimé son désir de voir son legs exécuté seulement dans un avenir plus ou moins lointain, tandis que dans les legs purs et simples, on pouvait croire qu'il comptait les voir rendus immédiatement exécutoires par sa mort imminente. Le testateur exprimait aussi nettement sa volonté dans les legs à terme que dans les legs conditionnels; et les legs à terme comme les legs conditionnels n'auraient pas dû être régis par la règle Catonienne, parce que le testateur ne pensait certainement pas qu'ils seraient exécutés sur-le-champ.

CHAPITRE V

CAS D'APPLICATION DE LA RÈGLE CATONIENNE

Nous avons délimité le domaine de la règle Catonienne, quant au genre des dispositions testamentaires qu'elle gouverne : les seuls legs, à l'exclusion des institutions d'héritier et des fidéicommiss. De ces legs ne sont soumis à la règle que ceux dont le *dies cedens* a lieu au moment même de la mort, ou plus exactement, sous l'Empire, de l'*apertura tabularum* ; les legs conditionnels, les legs de liberté et les legs d'usufruit échappent à son emprise. Enfin, nous savons que dans les legs mêmes auxquels elle s'applique, la règle Catonienne n'exige la présence à l'initium que des conditions uniquement nécessaires à l'exécution, et seulement quand ces conditions n'ont pas été créées par des lois nouvelles. La règle Catonienne a donc une extension beaucoup plus limitée qu'on ne l'admet d'ordinaire. Elle ne régit qu'une catégorie d'obstacles : ceux qui pourraient s'opposer au trans-

fert de propriété qui doit se produire entre l'héritier et le bénéficiaire de la libéralité, et seulement quand il ne s'agit pas d'un testament militaire (1).

I

Il est un cas dans lequel ce transfert serait bien certainement impossible : quand le légataire est déjà propriétaire de l'objet à un autre titre. Cependant, en droit romain, le legs de la chose d'autrui est possible, quand il n'est fait, ni sous la forme d'un legs *per vindicationem*, ni sous celle d'un legs *per præceptionem*. Les principes généraux ne s'opposent donc pas au legs de la chose qui appartient déjà au légataire. C'est une disposition parfaitement raisonnable ; l'objet peut en effet être aliéné avant la mort du testateur. C'est là une éventualité que peut, à bon droit, prévoir le disposant, qui, connaissant bien la prodigalité ou les embarras financiers dans lesquels se débat actuellement le gratifié, veut assurer la conservation entre ses mains d'un bien particulièrement utile. Mais la règle Catonienne s'opposait à la validité d'un tel legs, à moins qu'il ne fut fait sous condition (2). En effet, si le testateur venait à mourir au moment où il fait le testament, on ne pourrait pas exécuter le legs dont l'objet appartiendrait déjà au légataire : *sed, si rem legatarii quis ei legaverit, inutile legatum*

(1) Cf. n. 10. III.

(2) Paulus: 98. D. 35-1. *Mea res sub condicione legari mihi potest, quia in huiusmodi legatis non testamenti facti tempus, sed condicionis expletæ spectari oportet.*

est, quia quod proprium est ipsius, amplius ejus fieri non potest (3). Peu importe que l'objet soit aliéné par le légataire avant la mort du testateur, le legs sera inutile à quelque moment que celui-ci meure. Nous avons là un cas bien certain d'application de la règle Catonienne : Ulpien dit que ce legs serait valable s'il était conditionnel, parce que la règle Catonienne ne s'applique pas aux legs conditionnels (4).

(3) § 10. *Just.* II-20.

(4) Ulpien (41 § 2. D. 30) dit : *sed si sub condicione legetur, poterit legatum valere, si existentis condicionis tempore mea non sit vel ædibus iuncta non sit, secundum eos, qui et emi rem meam sub condicione et promitti mihi stipulanti et legari aiunt. Purum igitur legatum Catoniana regula impedit, condicionalis non, quia ad condicionalia Catoniana non pertinet.*

On a, malgré la précision et le nombre des textes qui concourent ici à donner la même solution, affirmé que l'application de la règle Catonienne à cette hypothèse du legs de la chose du légataire n'aurait pas été unanimement admise. VANNI: *Di un effetto della regola Catoniana sul legato di cosa del legatario.* (Archivio giuridico. XXXI-1883). p. 248-270. Voir également CUIJAS: *Recit. Solemn. ad L. 39 § 1. de legatis I.* En effet, Celse, dans le fragment 1 § 2 de *regula Catoniana* (34-7), après avoir défini la règle Catonienne, dit qu'elle est quelque peu fautive, notamment : *si tibi legatus est fundus, qui scribendi testamenti tempore tuus est, si eum vivo testatore alienaveris, legatum tibi debetur, quod non deberetur, si testator statim decessisset.*

Ce texte s'explique très aisément, si l'on admet que *si eum vivo testatore alienaveris* est dans le texte une parole du testateur, et prend ainsi la portée d'une condition. Mais rien dans les manuscrits du Digeste ne permet d'affirmer qu'il y ait dans ces mots une condition expresse, aucun signe particulier ne souligne les mots *si eum vivo testore alienaveris*, comme est soulignée la phrase précédente dans le même fragment, « *si post kalendas mortuus fuero* », qui est

Des solutions absolument identiques ont prévalu en matière de stipulation. La stipulation pure et sim-

entre guillemets. Enfin argument plus sérieux. Si les mots *si eum vivo testatore alienaveris* étaient prononcés par le testateur, une construction correcte exigerait au lieu de *si tibi legatus est fundus qui scribendi testamenti tempore tuus est, si eum vivo testatore alienaveris*, l'expression *si tibi sic* ou *ita legatus est*. Enfin dans les Basiliques (§ 33-XLIV-18), le passage de Celse se trouve reproduit. Et la formule est bien différente pour le § 1 et pour le § 2 du fragment de Celse : dans le premier cas, il s'agit certainement d'un legs conditionnel, mais dans le second, il s'agit d'un legs pur et simple. Mais, d'autre part, le contexte du fragment de Celse, dans le Digeste, semble bien exiger l'interprétation de *si eum vivo testatore alienaveris*, comme contenant une condition expresse. Le § 1 donne en effet une hypothèse très voisine de celle du § 2, et il n'est pas douteux qu'il s'agisse dans la première partie du fragment de Celse d'un legs conditionnel. Ce n'est d'ailleurs qu'en interprétant le § 2 comme contenant une condition, que l'on peut légitimer le *falsa est*, par lequel le jurisconsulte commence l'exposé de ses exemples. Si Celse avait admis que la règle Catonienne ne s'applique pas au legs de la chose du légataire, il aurait dû dire que la formule de Caton *non pertinet* et non *falsa est*; et il n'aurait pas eu à dire qu'il ne faut pas interpréter trop subtilement (*cavillari*). Nous ne croyons donc pas que Celse ait eu sur la validité du legs de la chose du légataire une opinion particulière. Voir dans ce sens la dernière édition du Digeste (Krueger. 1922); les mots *si eum vivo testatore alienaveris* y sont placés entre guillemets, et prennent ainsi un sens conditionnel. Cf. également: FERRINI: *Digesto Italiano*. V. *Catoniana*. pp. 638-639. ARNDTS: *suite de Gluck*, XLVI. pp. 226 et ss. ACCARIAS: *Précis*. I. p. 1000. n. 2.

En tout cas, si la règle Catonienne a été appliquée aux legs de la chose du légataire, ce n'est pas sans de nombreuses exceptions. C'est ainsi que le legs de la chose de *Titius* sera entièrement valable, s'il est adressé à la fois à *Titius* et à un tiers, et l'objet du legs appartiendra entièrement au tiers,

ple étant suivie d'une exécution immédiate ne peut porter sur l'objet qui appartient déjà au stipulant (5). Au contraire, lorsqu'elle est soumise à une condition

Julianus : 84 § 8. D. 30. Le legs de la chose du légataire est encore valable toutes les fois que le légataire peut avoir un intérêt à ce legs, si minime et si problématique soit-il. Si j'ai usucapé le fonds d'un absent pour le service de la république et que cette chose me soit ensuite léguée, je pourrai réclamer l'objet du legs, si avant la mort du testateur j'ai été évincé par l'absent, bien qu'au moment de la confection du legs le fond m'appartint. Julianus 82 § 1. D. 30. Julien admettait aussi la validité du legs dans l'hypothèse suivante : je vends une chose à Titius qui me la lègue avant que je lui en aie fait tradition. Si la tradition est faite avant la mort de *Titius* et que je reçoive le prix, le legs sera valable bien qu'au premier abord on puisse croire qu'il s'agit du legs de la chose du légataire. Ulpianus : 39 § 2. D. 30. Ulpien rapporte encore une opinion de Julien (71 § 5. D. 30). Julien admettait la validité du legs du *fundus vectigalis* fait à un municipe, bien que ce fond appartienne déjà au municipe, parce que le legs apporte cependant un accroissement au droit du municipe. Julien : 86 § 4. D. 30 admet aussi la validité du legs de la chose du locataire, quand celui-ci l'avait donné en gage, parce que le legs peut libérer le gage. Tous ces textes émanent de Julien ; ce jurisconsulte avait donc une doctrine très libérale qui permettait de sauver le legs de la chose du légataire, toutes les fois qu'au moment de la confection du testament le legs avait ou pouvait avoir dans l'avenir une utilité, soit parce que la propriété n'était pas définitivement fixée sur la tête du légataire, soit parce qu'elle n'était pas libre de toute charge. Voir sur les difficultés de conciliation de la doctrine de Julien avec un fragment de Papinien (66 § 6. D. 31) qui semble admettre des solutions contraires, FERRINI : *Digesto Italiano*. V. *Catoniana*. p. 640, SERAFINI : *Archivio Giuridico*. XVIII, SENTENIS : *Civilrecht*. III-759. BACHOFEN : *Pfandrecht*. p. 134.

(5) § 2. *Just.* III-19.

et que ses effets sont différés, elle peut porter sur la chose du stipulant, parce qu'il est possible que cette chose ait cessé d'appartenir au stipulant avant l'événement de la condition (6).

II

Mais ce n'est pas seulement le fait que le légataire est propriétaire de l'objet du legs en vertu d'un titre antérieur au testament qui pourrait s'opposer à l'exécution de la libéralité, si le testateur mourait aussitôt après avoir exprimé ses dernières volontés. Le testament lui-même peut donner au légataire par une disposition autre que le legs, par une institution d'héritier, une vocation à l'objet du legs, vocation qui serait suivie d'un transfert immédiat de propriété, si le testament était mis immédiatement à exécution. Un même individu pourrait être appelé à recevoir le même objet à titre de légataire et à titre d'héritier. Or, une même personne ne peut pas être en même temps grevée et bénéficiaire d'un legs : si le legs est fait *per vindicationem*, il est impossible que le légataire revendique contre lui-même l'objet qui lui est destiné ; s'il est fait *per damnationem*, il est impossible que l'héritier exécute une *damnatio* qui est prononcée à son profit. Il y a en droit romain un principe qui traduit cette impossibilité et s'oppose absolument à ce qu'on puisse faire à l'héritier institué un legs qui doive être prélevé sur la part qui lui est attribuée en qualité d'héritier : *heredi a semet ipso legari non potest* (7).

(6) Pomponius: 31. D. 45-1.

(7) Ulpianus: *Reg.* XXIV-22.

La règle Catonienne ne s'applique pas à cette nullité du *prælegatum*. Il importerait fort peu que le legs fait à l'héritier fût soumis à une condition : c'est un legs toujours nul *ab initio* (8).

III

Mais il peut arriver que le même individu soit appelé à bénéficier du même objet au double titre de légataire et d'héritier, sans être cependant le véritable légataire. Il en est ainsi lorsqu'un legs est laissé à un *alieni juris* soumis à la puissance de l'héritier institué, à un esclave ou à un *filius in potestate*. Alors, entre le testateur et l'héritier qui sera le véritable bénéficiaire du legs, s'interpose la personne d'un autre légataire sur la tête de qui la propriété n'aura jamais reposé. Si, en effet, au moment où le legs arrive à sa perfection, au *dies cedens*, le légataire est toujours dans la puissance de l'héritier, c'est à l'héritier que sera acquise la propriété du legs. Il est évident qu'alors on se trouve en présence d'un véritable *prælegatum*, qu'il est impossible d'exécuter. Mais le legs doit-il être déclaré nul *ab initio*, comme s'il était directement adressé à l'héritier ? On a, au contraire, reconnu que la personnalité de l'esclave ou du *filius* auquel le legs est adressé suffit à faire oublier celle du maître qui devra en profiter. Le rapport de dépendance qui unit le légataire à l'héritier est, en effet, aisément variable. Rien de plus fréquent qu'un affran-

(8) KRETSCHMAR: *Die Natur des Prælegats*. p. 149. WOELL: *Ueber die Regula Catoniana*. p. 86.

chissement, une émancipation ou une aliénation. Il est très possible que les rapports qui existaient au moment de la confection du testament n'existent plus au moment de la mort du testateur. Il n'est donc pas certain, au moment de la confection du testament, que le legs doive se heurter à une impossibilité d'exécution, au contraire de ce qui se produit dans le cas du *prælegatum*. Mais si le legs est valable conformément aux principes généraux, il se heurte cette fois à la règle Catonienne : si on avait dû exécuter le testament au moment où il a été fait, le legs aurait été inutile puisque le légataire était alors dans la puissance de l'héritier et aurait acquis la propriété de l'objet du legs pour son maître. A quelque moment que meure le testateur, le legs sera donc nul. La règle Catonienne amène donc ici les mêmes résultats que le principe *heredi a semet ipso legari non potest*. Mais à la différence de ce qui se produit dans le cas du *prælegatum*, il est possible de sauver de la nullité le legs fait à l'esclave de l'héritier en lui apposant une condition : Justinien déclare, conformément aux principes de la règle Catonienne (9) que, le legs qui s'adresse à l'esclave de l'héritier institué, est nul lorsqu'il est pur et simple, et valable lorsqu'il est conditionnel, quitte à le voir demeurer sans effet si les rapports entre légataire et héritier n'ont pas été modifiés avant l'événement de la condition. La solution que donne

(9) § 32. *Just II-20*. Justinien se réfère très nettement à la règle Catonienne: *quia quod inutile foret legatum, si statim post factum testamentum decessisset testator, hoc non debet ideo valere, quia diutius testator vixerit*.

Justinien n'a d'ailleurs pas été admise sans discussion : elle est la consécration d'une opinion que les Sabiniens ont fait prévaloir, mais que Servius s'était refusé à admettre et qu'avaient combattue les Proculiens (10). Mais dès la période classique il est bien établi que le legs pur et simple au profit d'un *alieni juris* dépendant de l'héritier est nul *ab initio* et doit être traité comme un *prælegatum*.

IV

Il est assez difficile d'expliquer cette identité de traitement du legs pur et simple adressé à un esclave de l'héritier, et du legs qui est adressé directement à l'héritier. Il faut, en effet, pour obtenir ce résultat faire abstraction de la personne de l'esclave, pour ne prendre en considération que celle de l'héritier. Comment concilier cette attitude avec la doctrine de Julien et de Paul, que le legs prend force, *accipit vires*, en la personne de l'esclave, et qu'il n'importe de connaître la personne du maître que pour savoir s'il a la *testamenti factio* (11), toutes les autres conditions devant être appréciées par rapport à l'esclave : le légataire c'est l'esclave et non pas le maître. C'est pourquoi on pourrait léguer à l'esclave ce qui appartient ou ce qui est dû purement et simplement à son maître, bien que dans ces deux cas le legs eut été inutile, s'il eut

(10) Gaius II-244.

(11) Paulus: 82 § 2. D. 31. *Cum enim servo alieno aliquid in testamento damus, domini persona ad hoc tantum inspicitur, ut sit cum eo testamenti factio, ceterum ex persona servi constitit legatum.*

été adressé directement au *dominus* (12). Cette solution n'est-elle pas en complète contradiction avec la règle Catonienne, et avec les principes qui ont amené à prononcer la nullité du legs fait à l'esclave de l'héritier, et la nullité du legs de la chose du légataire? Si, en effet, le testateur mourait aussitôt après la confection du testament, l'esclave ne pourrait pas réclamer l'exécution de son legs puisqu'il acquerrait pour son maître une chose qui appartient déjà à celui-ci. Si l'on avait suivi les principes de la règle Catonienne, on aurait dû annuler le legs de la chose du maître fait à un esclave, toutes les fois que le legs était pur et simple et le valider seulement quand il était conditionnel. Paul, au contraire, déclare que ce legs est toujours valable.

Cette différence de traitement entre deux hypothèses voisines dont l'une est soumise à la règle Catonienne et l'autre ne l'est pas ne peut s'expliquer que par le désir d'éviter d'appliquer la règle Catonienne toutes les fois qu'il peut y avoir un prétexte. Si Julien, approuvé par Paul, reconnaît la validité du legs de la chose du maître, c'est qu'il a recours à une fiction : on ne peut léguer à un esclave qu'une chose qui pourrait lui profiter s'il était libre ; il faut supposer qu'on ne lègue pas à un esclave, mais à une personne libre ; ce n'est qu'au moment de l'exécution du legs qu'il faudra s'occuper de savoir si le destinataire du legs est un *alieni juris* (13). Nous trouvons une application

(12) Paulus: 82 § 2. D. 31.

(13) Paulus: 82 § 2. D. 31.

frappante de ce principe dans un fragment de Papinien (14). Ce jurisconsulte déclare que le legs d'une servitude prédiale fait à un esclave est nul si elle est au profit du *fundus domini*. Papinien explique ainsi sa solution : si c'est à son maître qu'un esclave emprunte la *testamenti factio* nécessaire pour être gratifié de son legs, ce n'est pas au maître que le legs doit parvenir. Il faut pour que le legs soit valable qu'il puisse profiter non pas au maître actuel, mais à l'esclave lui-même s'il était libre. Si l'esclave était libre, il n'aurait pas la propriété du fonds dominant et ne pourrait pas exercer la servitude : aussi le legs doit-il être annulé. Dès lors que l'esclave est considéré comme une personne libre, rien ne s'oppose à ce qu'on lui lègue la chose de son maître, puisque, en droit romain, le legs de la chose d'autrui est valable.

S'il a été possible de reconnaître la validité du legs de la chose du maître fait au profit de l'esclave, c'est parce qu'on a eu recours à la fiction de la liberté de l'esclave. Mais cette fiction n'a pas été admise sans contestation et n'a jamais produit que des effets fragmentaires. Paul lui-même reconnaît que la solution qu'il donne est contestée et déclare que certains esprits se refusent à admettre qu'il faille supposer l'esclave libre (15) mais prétendent, au contraire, qu'on

(14) Papinianus : 5. D. 33-3.

(15) Paulus: 82 § 2. D. 31. *Et ideo rectissime Julianus definit id demum servo alieno legari posse, quod ipse liber factus capere posset. Calumniosa est enim illa adnotatio posse legari servo et quamdiu serviat : nam et hoc legatum ex persona servi vires accipit.*

peut fort bien léguer à un esclave, sous la condition qu'il sera toujours esclave. Et c'est une opinion que la condamnation que prononce Paul n'a pas fait disparaître, puisque Marcianus la reproduit (16). Cette fiction de la liberté de l'esclave n'a, d'autre part, pas été étendue en dehors du droit des legs. On sait que le bénéfice d'une stipulation même conditionnelle faite par un esclave, est acquis au maître qui avait l'*alieni juris* en sa puissance au moment de la confection de l'acte juridique. L'esclave n'est jamais censé stipuler pour lui-même, et il suffit que la stipulation puisse profiter à son maître : *servus ex persona domini jus stipulandi habet* (17). La fiction de la liberté de l'esclave n'a donc été introduite que pour les legs et sans y être complètement admise. C'est une tentative de Julien, d'un jurisconsulte qui avait montré par ailleurs une particulière liberté vis-à-vis de la règle Catonienne, pour se débarrasser d'une application encombrante de cette règle ; une conséquence de la défaveur dont la règle est entourée sous l'empire (18). Mais la tentative n'a pas été poussée jus-

(16) Marcianus: 113. pr. D. 30. *Servo alieno ita legari potest « quoad serviat » vel « si servus » forte « Titii erit », ut et Marcellus ait.*

(17) Pr. *Just.* III-17.

(18) Cette interprétation libérale de la règle Catonienne doit d'autant moins nous surprendre qu'elle émane de Julien, dont nous connaissons déjà les tendances à restreindre la portée de notre règle (Cf. n. 4-V) Julien fait preuve vis-à-vis de cette institution d'une liberté plus grande que ses contemporains. Cependant ses critiques ne portent que contre une seule application de la règle Catonienne: l'appli-

qu'au bout, et on n'a eu recours à la fiction de liberté de l'esclave légataire que dans les cas où le legs était adressé à un *servus alienus*, et sans pouvoir, même dans ce cas, la faire unanimement admettre. Paul lui-même, en formulant cette fiction, spécifie qu'on n'y peut avoir recours que dans le cas où l'esclave gratifié est un *servus alienus*. Au contraire, quand il s'agit du legs fait à l'esclave de l'héritier, quand le légataire est *res heredis*, on n'a pas eu recours à cette fiction de liberté du légataire. Le rapport de dépendance qui unissait le légataire à l'héritier, apparaissait trop nettement dans le testament même, pour qu'on en put faire abstraction. On ne pouvait pas oublier que le légataire n'était pas libre, qu'il avait un maître, l'héritier, et que c'était l'héritier qui finalement devait acquérir le legs. La vocation de l'héritier ne devait, il est vrai, être fixée qu'au *dies cedens*, mais on a ap-

cation au legs de la chose du légataire. En effet, valider le legs de la chose du maître fait au profit d'un esclave, c'est valider le legs de la chose du légataire. Servius se montrait encore plus complètement hostile à la règle Catonienne qu'il refusait d'appliquer. (Gaius. II-244). Néanmoins, les fragments de Julien prouvent qu'on ne peut pas opposer l'attitude des Proculiens et des Sabinien vis-à-vis de la règle Catonienne. RIVIER: *op. cit.* § 14. p. 49, déclarait que la règle paraissait approuvée par les Sabinien plutôt que par les Proculien. Mais, si Julien, Sabinien, est défavorable à la règle, et si ce sont les Sabinien qui ont fait prévaloir l'idée que la règle ne s'applique pas aux legs conditionnels, d'autre part, Servius, qui sur bien des points était l'ancêtre des Proculien (VERNAY: *Servius*. p. 89), se montrait résolument hostile à la règle. On ne peut donc pas dire que, sur la règle Catonienne, une des deux écoles ait eu des tendances plus conservatrices que l'autre.

pliqué la règle Catonienne et on a décidé que le legs était nul *ab initio*, parce que le *dies cedens* en matière d'obstacles s'opposant à l'acquisition du legs se place au jour de la confection du testament. Il ne faut donc voir, dans la validité du legs de la chose du maître fait au profit d'un esclave, qu'une tentative pour se débarrasser de la règle Catonienne, tentative qui a, peut-on dire, échoué, puisque ses résultats ont toujours été contestés et n'ont jamais été systématisés. La règle Catonienne s'applique bien en tout cas au legs fait à l'esclave de l'héritier institué. Et lorsque le legs était pur et simple, la règle Catonienne produisait ici les mêmes résultats que, dans le cas du *prælegatum*, la règle *heredi a semet ipso legari non potest*, et ne faisait qu'en anticiper les effets.

V

Comme dans le cas du *prælegatum*, la nullité *ab initio* du legs ne se produira complètement que si le maître est héritier unique, à raison de l'incompatibilité qui existe entre les qualités d'héritier et de légataire. Si l'héritier, en effet, ne peut pas prélever un legs sur lui-même, il peut le prélever sur un cohéritier. Dès lors qu'il y aura plusieurs héritiers institués, on appliquera la distinction faite par Florentinus dans le cas du *prælegatum* (19). Le legs ne sera inutile que pour la partie qui devrait être prélevée sur la part d'hérédité du maître de l'esclave. Supposons deux héritiers institués par parts égales, le legs tom-

(19) Florentinus: 116 § 1. D. 30.

bera pour la part qui est à la charge du maître, et sera valable pour la moitié qui doit être prélevée sur le cohéritier. Il se pourrait même qu'un legs *per damnationem* fut valable en totalité ; c'est ce qui arrive quand le testateur a mis ce legs uniquement à la charge du cohéritier.

VI

L'application de la règle Catonienne au legs fait à l'esclave de l'héritier a posé une question embarrassante, quand le legs est plus tard révoqué sous condition. L'*ademptio sub condicione* appliquée à un legs pur et simple devait rétroagir, et faire considérer le legs comme conditionnel *ab initio* sous une condition contraire à celle de la révocation (20). Alors qu'un legs laissé purement et simplement à l'esclave de l'héritier était nul *ab initio*, le legs révoqué sous condition, soit par une disposition postérieure contenue dans le même testament, soit par un codicille confirmé, était transformé en un legs conditionnel et pouvait être valable si la condition défailait et si le légataire était sorti de la puissance de l'héritier avant la mort du testateur. Le résultat était paradoxal ; la condition de celui dont le legs était révoqué étant meilleure que celle de celui dont le legs était maintenu. Aussi décida-t-on que l'*ademptio* ne pouvait pas servir à rendre valable un legs qui était nul *ab initio* (21).

(20) Julianus: 10. pr. D. 34-4, et Paulus: 6. pr. D. 36-2.

(21) Florentinus: 14 pr. D. 34-4. *Legata inutiliter data ademptione non confirmantur, veluti si domino herede instituto, servo pure legatum sub condicione adimatur; nam*

Le legs qui se heurtait à la règle Catonienne n'était pas validé par une *ademptio sub condicione*.

VII

On a prétendu soumettre à la règle Catonienne le cas opposé à celui que nous venons d'étudier : le cas du legs laissé au maître d'un *alieni juris* institué héritier. Si, dans cette hypothèse, le testateur mourait immédiatement, le maître légataire ne pourrait pas toucher, dit-on, son legs, puisque par l'intermédiaire de son esclave, il serait héritier. Il ne pourrait prélever l'objet qui lui est légué sur ce qui lui appartient déjà comme héritier. Mais cette soi-disant application de la règle Catonienne ne résiste pas à l'examen attentif de l'espèce. Le maître en effet acquiert bien le legs qui lui est destiné, immédiatement au jour de la mort du testateur, mais il n'acquiert pas, en même temps, l'hérédité. Celle-ci ne peut être acquise par l'esclave que *jussu domini*. Rien ne prouve que l'esclave n'aura pas changé de condition avant que l'ordre ait été donné et l'hérédité acquise. Si le testateur mourait aussitôt après la confection du testament, il n'y aurait donc pas conflit entre deux titres d'acquisition : le bénéficiaire recevrait l'objet comme légataire mais non pas comme héritier. Au jour même de la mort, aucun obstacle ne s'oppose à l'exécution du legs ; l'obstacle ne naît qu'après la mort, au jour

pure legatum si sub condicione adimatur, sub contraria conditione datum intellegitur et ideo confirmatur. Ademptio autem, quominus, non quo magis legatum debeatur, intervenit.

de l'addition d'hérédité. C'est donc à juste titre que Justinien (22) dit qu'il ne faut pas appliquer la règle Catonienne et qu'Ulpien affirme que le legs, même pur et simple, est valable (23).

Il est encore un cas dans lequel l'émolument du legs est destiné à parvenir à l'héritier, sans que celui-ci soit le légataire, et sans que le legs soit adressé à l'un de ses esclaves. Ce cas se présente toutes les fois que le testateur fait en faveur d'un de ses propres esclaves un legs dont le *dies cedens* doit arriver à un moment où l'esclave est dans la puissance de l'héritier, ou est esclave de l'hérédité.

(22) § 33. *Just.* II-20.

(23) Ulpianus: *Reg.* XXIV-24. *Ei, cujus in potestate, manu mancipiove est heres scriptus, legari non potest.* Cujas: *Obs.* VI-37, constate qu'il faut certainement supprimer le *non* qui s'est certainement glissé par erreur dans le texte. Cette correction est appuyée sur le grand nombre des textes qui affirment la validité de ce legs. Gaius: II-245, Julianus: 17. D. 36-2, idem. 91 pr. D. 30. Paulus: 25. D. 30. Paul s'exprime ainsi : *A filio herede etiam pure patri legari potest nec interest, an die cedente legati in patris potestate sit: igitur et si jussu patris adita sit hereditas, imputabitur ei in Falcidiam.* Ce texte donne une solution parfaitement correcte à l'époque où écrivait Paul; mais c'est par erreur que les compilateurs l'ont inséré, puisque sous Justinien, le *filius in potestate* peut acquérir pour lui-même. Le legs ne devrait donc plus être imputé sur la quarte falcidie. Ce texte révèle le motif de la non application de la règle Catonienne : le legs ne serait pas nul en effet, même si au *dies cedens* la situation était inchangée ; *nec interest an die cedente legati in patris potestate sit.* Il n'en est pas moins évident que certains jurisconsultes voulaient soumettre ces legs à la règle Catonienne. En effet, Justinien s'exprime ainsi: *etiam sine condicione legetur*, et Paul dit, *etiam pure.* Cette manière

VIII

Le testateur ne peut en aucune façon léguer à son esclave sans l'affranchir ou le léguer lui-même. Il n'y a aucune distinction à faire entre legs purs et simples et legs conditionnels ; tous sont annulés. C'est ce que plusieurs textes affirment en termes formels (24). Le legs se heurte, en effet, à un autre principe que la règle Catonienne. Si l'esclave n'est ni affranchi ni légué, il se trouvera vraisemblablement au jour de la mort dans la puissance de l'héritier ; il appartiendra donc à celui-ci d'exécuter ou de ne pas exécuter le legs

de s'exprimer montre qu'on avait pensé appliquer la règle Catonienne et annuler les legs purs et simples. Julien (17. D. 36-2), éprouve d'ailleurs le besoin de dire que la règle Catonienne ne s'applique pas : *quamvis statim pater familias moriatur, potest emancipatus adire hereditatem, ut patri legatum debeat* ; l'expression *quamvis statim pater familias moriatur*, vise certainement la règle Catonienne. C'est aussi à elle que fait allusion Justinien, qui dit : *nam et si post factum testamentum decesserit testator, non tamen apud eum qui heres sit, dies legati cedere intellegitur*. Il y a donc eu en cette matière encore une controverse sur la règle Catonienne, et ce n'est que grâce à une interprétation assez subtile de la formule de Caton qu'on est parvenu à écarter la règle. On a fait un raisonnement analogue à celui qui a permis de valider les legs conditionnels. C'est là encore une marque de la défaveur qui règne sous l'empire contre la règle Catonienne.

(24) Antoninus: Const. 4. C. VI-37. *Servis testamento dominorum non data libertate legatum seu fideicommissum relictum non valet nec convalescere potest, licet post mortem testatoris libertatem aliqua ratione consecuti sunt*. Cf. Papinianus: 77. D. 28-5.

selon son bon plaisir. S'il veut l'exécuter, il affranchira ou aliénera l'esclave ; s'il s'y refuse, il le gardera par devers lui. Le legs serait ainsi, qu'il fut conditionnel ou non, *in arbitrio heredis*. Le droit romain, pour éviter celà, annule tous les legs que le maître laisse à un de ses esclaves qu'il n'affranchit ni ne lègue. Peu importe qu'au jour de la mort l'esclave ait été affranchi ; c'est dans le testament ou auparavant que devait intervenir l'affranchissement. Julien fait une application de ce principe dans le cas d'un esclave affranchi par un mineur, *causa non probata* (25). L'affranchissement est donc sans valeur. Plus tard, l'esclave est aliéné et obtient régulièrement sa liberté ; cependant le legs, qui lui avait été laissé par le mineur dans le testament antérieur à l'affranchissement valable, ne lui sera pas acquis.

IX

Mais quand le testateur affranchissait l'esclave dans le testament par lequel il lui faisait un legs, la règle Catonienne n'était plus voilée par la règle qui s'oppose à la validité d'un legs *in arbitrio heredis*. Le sort de l'esclave est en effet assuré par le testament et n'est plus soumis à l'arbitraire de l'héritier. La règle Catonienne aurait dû alors s'appliquer, car l'esclave n'est considéré comme affranchi qu'au jour de l'addition d'hérédité ; jusque là, il est *servus hereditarius* et acquiert au profit de l'hérédité. Comme le *dies cedens* des legs purs et simples se place au jour

(25 Julianus: 102. D. 30.

de la mort, ce n'est pas à l'esclave, mais à l'hérédité que le legs aurait été acquis. Et le legs n'aurait pu être exécuté puisque l'hérédité ne peut pas prélever sur elle-même un legs à son profit. Cette application de la règle Catonienne ayant paru particulièrement injuste, on a fixé le *dies cedens* des legs au profit de l'esclave du testateur au moment de l'adition d'hérédité et non pas à celui de la mort. Le *dies cedens* ne se produit donc qu'à un moment où l'esclave est libre, et aucun obstacle ne se présente à son exécution (26).

X

Il suffit donc pour écarter la nullité du legs que l'esclave soit affranchi par testament. Mais, étant donné que le codicille confirmé est considéré comme faisant corps avec le testament, et qu'il a un effet rétroactif (27), il suffira que l'esclave, qui n'a pas été affranchi par le testament même dans lequel on lui fait un legs, le soit par un codicille (28). C'est ainsi que Julien déclare valable l'affranchissement contenu dans un codicille à l'égard d'un esclave qui appartenait au testateur au moment du testament, mais ne

(26) Ulpianus: 8. D. 36-2. *Nam cum libertas non prius competat quam adita hereditate, æquissimum visum est nec legati diem ante cedere: alioquin inutile fieret legatum, si dies ejus cessisset, antequam libertas competeret.* Cf. Ulpianus: 7 § 6. D. 36-2.

(27) Julianus: 2 § 2. D. 29.7.

(28) Paulus: 8 § 5. D. 29-7. *Si ei servo, qui testamento legatum acceperit, libertas codicillis detur, utile legatum esse dicemus, quasi ab initio constiterit legatum.*

lui appartenait plus au moment où il rédigeait le codicille (29). Le testateur pourra donc toujours valider le legs fait à l'un de ses esclaves, pour peu qu'il ait pris dans son testament la précaution de confirmer les codicilles qu'il pourrait faire dans l'avenir.

XI

S'il est nécessaire pour la validité du legs que l'esclave soit affranchi, il n'est pas indispensable que l'affranchissement soit pur et simple (30). Le legs peut être valable même si l'affranchissement est conditionnel ; seulement, il est nécessaire que l'événement de la condition se produise avant le *dies cedens* du legs, avant l'adition d'hérédité. Sinon au *dies cedens* du legs l'esclave serait encore propriété de l'héritier et le legs ne pourrait être exécuté (31). Ju-

(29) Julianus: 2 § 2. D. 29-7. *Ideoque servo, qui testamenti facti tempore testatoris fuisset, codicillorum tempore alienus, non recte libertas directa datur.* Il est évident qu'il faut ici supprimer le *non* qui a été introduit par erreur. On ne saurait en effet admettre que Julien après avoir formulé une solution donne un exemple qui la démente, et commence son exposition par les mots *ideoque*. La solution de Julien est d'ailleurs très claire. Le disposant fait quelque chose d'utile en donnant la liberté à l'esclave d'autrui par le codicille ; il peut, en effet, arriver que l'esclave retombe en la puissance du premier maître avant le jour de la mort de celui-ci. L'affranchissement fait dans le codicille serait alors valable et produirait ses effets. C'est pour cela que le testateur peut affranchir par codicille l'esclave qu'il a aliéné.

(30) Maecianus: 86 § 1. D. 35-1.

(31) Ulpianus: 8 *in fine*. D. 36-2.

lien applique la règle Catonienne à l'hypothèse du legs fait à un esclave affranchi sous condition, et distingue la condition qui peut se produire avant l'adition, auquel cas le legs sera valable, et la condition qui n'est réalisable qu'après l'adition d'hérédité, auquel cas le legs est inutile *ab initio*, bien que l'esclave puisse être affranchi ou aliéné avant la mort du testateur (32). Ainsi l'affranchissement fait sous la condition *si in capitolio ascenderit* permet de faire un legs valable *ab initio* : rien n'empêche le légataire de monter au capitolé avant l'adition d'hérédité, et il est très probable qu'au jour de l'adition l'affranchissement sera déjà pur et simple, et qu'aucun obstacle ne se présentera alors à l'exécution d'un legs dont le *dies cedens* ne se produit qu'à l'adition. Au contraire, le legs fait à un esclave affranchi sous la condition de payer à l'héritier sera toujours nul : on peut, en effet, être certain que la condition ne sera pas échue au moment de l'adition d'hérédité, et que le légataire étant toujours esclave, le legs devra profiter à l'héritier.

Mais on ne peut faire la distinction qui permet de sauver certains legs accompagnés d'un affranchissement conditionnel, que lorsque l'héritier institué est un *extraneus*. Toutes les fois que l'institué est un héritier nécessaire, le sort de l'hérédité est en effet fixé au jour même de la mort. Il n'y a plus, entre la mort et l'adition d'hérédité, le délai pendant lequel un affranchissement conditionnel pourrait devenir pur et

(32) Julianus: 91 § 1. D. 30.

simple. Toutes les fois que l'esclave auquel le maître aura légué ne sera affranchi que sous condition, le legs sera inutile *ab initio* parce que, si le testateur mourait immédiatement, le legs devrait profiter à l'héritier nécessaire (33).

Pour sauver la plupart de ces legs accompagnés d'un affranchissement conditionnel on employait un expédient que révèle Mæcianus. On présumait que la condition apposée à l'affranchissement visait également le legs (34), à moins que le testateur ne se fût exprimé de façon à rendre cette interprétation inadmissible. Ainsi, si l'affranchissement était conditionnel, le legs l'était aussi, et son *dies cedens* arrivait nécessairement à un moment où l'esclave était libre. C'est encore là une marque de la défaveur qui régnait

(33) Julianus: 91 § 1. D. 30, et Mæcianus: 86 § 1. D. 35. 1. *Cum vero libertas sub condicione, legatum autem præsentie datum est, in hoc quæstio est, an constiterit legatum: etenim nec Catonianæ sententiæ locum in proposito esse, quia etsi statim testator decessisset, non tamen omnimodo inutile esset legatum, cum posset condicio libertatis ante aditam hereditatem impleri et legatum manumisso deberi, nisi forte necessarius heres extitisset: tunc enim omnimodo inutile erit legatum jure ipso, quia sub condicione acceperit libertatem.*

(34) Mæcianus: 86 pr. D. 35-1. Callistratus fait une application de ce procédé (82. D. 35-1): un esclave a été affranchi sous la condition *si rationes reddiderit*, et l'héritier a été condamné à lui remettre un fonds. Si ce legs était considéré comme pur et simple, il serait nul. Mais le jurisconsulte le considère comme valable parce que la condition apposée à l'affranchissement est considérée comme le concernant également, et que son *dies cedens* doit se produire à un moment où l'esclave sera affranchi.

sous l'empire contre la règle Catonienne. Dans les rares hypothèses où l'on a continué d'appliquer la règle, on est arrivé à la rendre à peu près inoffensive.

Lorsque la règle Catonienne est cependant appliquée au legs fait à un esclave du testateur avec affranchissement conditionnel, parce que l'héritier institué est un héritier nécessaire, elle a pour effet de faire envisager le legs comme destiné directement à l'héritier. Dans cette hypothèse encore nous appliquerons donc la distinction qu'il y a lieu de faire pour le *prælegatum* entre le cas où un seul héritier est institué et celui où il y a plusieurs cohéritiers. Supposons, par exemple, que le testateur ait institué deux héritiers, dont un seul est héritier nécessaire ; le legs ne sera nul que pour la part qui est à la charge de l'héritier nécessaire et valable pour celle qui incombe à son cohéritier (35).

XII

Le testateur peut également faire un legs valable à son esclave sans l'affranchir, à condition de léguer l'esclave lui-même à un tiers (36). L'hypothèse est exactement identique à celle de l'esclave affranchi. En effet, l'esclave reste *servus hereditarius* jusqu'au jour de l'adition, puisque seul le *dies cedens* des legs se

(35) En effet, Julien (91 § 1. D. 30), dit que l'affranchissement conditionnel entraîne la nullité du legs toutes les fois seulement que l'héritier nécessaire est institué *ex asse*.

(36) Gaius: 69 *pr.* D. 30. *Servo legato legari posse receptum est, quod adita hereditate statim servus acquiritur legatario, deinde sequetur legatum.*

place à la mort, tandis que le *dies veniens* n'arrive qu'après l'adition. Il a donc fallu pour que le legs fait à l'esclave puisse s'exécuter qu'on fixe son *dies cedens* seulement au jour de l'adition (37). Ainsi le bénéficiaire du legs fait à l'esclave n'est pas l'hérédité, mais le tiers à qui l'esclave a été légué. Aucun obstacle ne s'oppose à ce que ce tiers puisse réclamer de l'héritier l'exécution de la libéralité faite à l'esclave : le legs est *utilis ab initio*, *quia etsi confestim pater familias moreretur, non in ejusdem personam et emolumentum legati et obligatio juris concurreret* (38). La règle Catonienne ne s'applique pas.

Mais, si la disposition par laquelle l'esclave est légué à un tiers est conditionnelle, nous aurons à faire les mêmes distinctions que dans le cas où l'esclave, auquel un legs est adressé, était affranchi sous condition. Il faudra, pour que le legs fait à l'esclave soit valable *ab initio*, que la condition apposée au legs de l'esclave à un tiers soit de nature à s'accomplir avant l'adition d'hérédité. Dans le cas contraire, si la condition ne peut s'accomplir qu'après l'adition, la règle Catonienne entraînera la nullité *ab initio* du legs fait à l'esclave. Et si l'héritier institué est un héritier nécessaire, il ne sera pas possible d'exécuter le legs laissé à un esclave lui-même légué sous condition : si le testateur mourait aussitôt après la confection du

(37) Julianus: 17. D. 36-2.

(38) Julianus: 17. D. 36-2. Ulpianus: 7 § 6. D. 36-2, qui dit: *Interdum aditio heredis legatis moram facit, ut puta si forte servo manumisso vel ei qui servus legatus est et ideo servo aliquid legatum sit: nam servo legati relictū ante aditam hereditatem dñs non cedit.*

testament, l'esclave serait encore dans la puissance de l'héritier au moment où arriverait le *dies cedens* du legs qui lui était laissé.

XIII

On trouve un cas fréquent dans lequel l'esclave est légué sous condition, c'est celui du *legatum optionis*. Nous y trouvons appliquées ces distinctions ; le *legatum optionis* a un caractère conditionnel ; l'option ne peut être exercée qu'après l'addition d'hérédité (39), et doit être exercée personnellement par le légataire qui ne la transmettait pas à ses héritiers (40).

Dans ces conditions, si un testateur a légué à *Primus* l'option d'un de ses esclaves, et fait un legs à l'un de ses esclaves qu'il n'a pas affranchi, à *Stichus* par exemple, le legs laissé à *Stichus* sera-t-il valable ? Oui, si le *legatum optionis* fait à *Primus* a cessé d'être conditionnel avant le *dies cedens* du legs fait à l'esclave, si le legs fait à *Stichus* a son *dies cedens* à une époque où *Stichus* n'est plus *servus hereditarius*. C'est ce qui arrivera quand, au jour de l'addition de l'hérédité, la *familia* du testateur ne comprendra plus que *Stichus*, tous les autres esclaves ayant disparu ; il n'y aura plus l'option à exercer, mais un legs pur et simple portant sur *Stichus* seul (41). On considère

(39) Terentius Clemens: 16, D. 33-5. FERRINI: *Studi s. legatum optionis* (Memorie del R. Istituto Lombardo. XV) 193-220.

(40) § 23. *Just.* II-20.

(41) Paulus: 13. D. 33-5. *Nec adversatur Catoniana, si voluntarius heres institutus sit, quia potest ante aditam hereditatem, etiamsi statim decesserit, familia minui.*

le *legatum optionis* comme un legs conditionnel portant sur chacun des esclaves, mais de nature à devenir pur et simple avant l'adition d'hérédité. Comme il peut arriver que *Stichus* soit le seul esclave qui reste dans l'hérédité au moment de l'adition, on agit comme si *Stichus* était légué directement à *Primus*. Rien ne s'oppose dès lors à la validité du legs laissé à *Stichus*. Toutefois, si l'héritier institué est un héritier nécessaire, la règle Catonienne doit s'appliquer. Lorsqu'il n'y a pas de délai entre la mort et l'acquisition de l'hérédité, le legs fait au profit d'un esclave légué lui-même avec option est nul *ab initio* (42).

Le droit romain suit donc exactement les mêmes directives pour apprécier la validité du legs au profit d'un esclave affranchi dans le testament, ou au profit d'un esclave qui lui-même fait l'objet d'un legs. Dans les fragments 26 et 27 du titre *de adimendis vel transferendis legatis vel fideicommissis* (43), Paul donne

(42) Paulus: 13. D. 33-5. *Quod si necessarius heres institutus sit, sequens legatum propter Catonianam inutile est.*

(43) Paulus: 26. D. 34-4. Paulus 27. D. 34-4. Le fragment 26 vise le legs avec affranchissement de l'esclave légataire, le fragment 27, le legs accompagné d'un legs portant sur l'esclave légataire. Dans l'un et l'autre de ces cas, l'*ademptio* de la disposition — legs ou affranchissement — portant sur l'esclave, produit les mêmes effets. La révocation de l'affranchissement ou du legs est valable quand elle est faite dans un codicille, même si le testateur a aliéné l'esclave. Il peut paraître au premier abord bien inutile de révoquer l'affranchissement ou le legs d'un esclave qui ne vous appartient plus. Mais nous avons déjà vu (n. 29-V), que l'esclave aliéné n'est pas irrémédiablement perdu pour le testateur. Si l'esclave vient à retomber dans la propriété de son premier maître, le legs ou l'affranchissement sera valable. Il suffit

les mêmes solutions en ce qui concerne les effets de l'*ademptio* de l'un ou l'autre de ces legs.

XIV

Toutes les solutions dictées par la règle Catonienne en ces matières sont modifiées dans le cas où l'esclave n'appartient au disposant que pour partie. On ad-

en effet pour affranchir d'avoir la propriété quiritaire, au moment de la confection et au moment de la mort : *media tempora non nocent*. Le testateur a donc fait quelque chose d'utile en révoquant dans un codicille un legs ou un affranchissement qui pouvait peut-être s'exécuter. On n'appliquait donc pas la règle Catonienne à l'*ademptio*. En effet, si le testateur était mort au moment de la confection du codicille, l'*ademptio* aurait été inutile, puisque l'esclave affranchi aurait appartenu à un tiers. Et au moins quand elle portait sur le legs de l'esclave à un tiers, legs dont le *dies cedens* se plaçait au jour de la mort, l'*ademptio* aurait dû être nulle. Il est probable que si la règle Catonienne ne s'appliquait pas ici, c'est parce que la révocation était faite dans un codicille.

L'*ademptio* du legs portant sur l'esclave ou de l'affranchissement entraîne la nullité du legs fait à l'esclave : les dispositions codicillaires se fondant avec le testament, le legs est nul ab initio. Venuleius: 32. D. 34-4.

Au contraire, si l'esclave légué ou affranchi par testament était plus tard affranchi entre vifs, l'*ademptio* faite dans un codicille après l'affranchissement serait radicalement nulle et le legs subsisterait. En effet l'esclave affranchi entre vifs ne pouvait plus retomber au pouvoir du testateur. Si par hasard il redevenait esclave, il était considéré comme un nouvel esclave ayant une personnalité différente du premier. Paulus: 27. D. 34-4. *Servo legato et inter vivos manumisso si legatum adimatur, nullius momenti ademptio est: igitur legatum, quod ipsi datum est, capiet. Nam etsi rursus in servitutem ceciderit, non tamen legatum ejus resuscitabitur: novus enim videtur homo esse.*

mettait, en effet, que le legs fait à un esclave commun par son maître était acquis intégralement au *socius* du testateur, et que l'héritier n'en recevait aucune part (44). Au lieu de décider que la moitié du legs parvenait à l'héritier du testateur et l'autre moitié au *socius*, et d'annuler ce qui devait appartenir à l'héritier, en vertu de la règle Catonienne, on considérerait le legs comme intégralement fait à un *servus alienus*, et, par conséquent, entièrement valable *ab initio* : malgré la pluralité de maîtres l'esclave acquiert *in solidum* pour un seul, quand les autres sont incapables. Cependant, si l'héritier institué était justement le *socius*, le legs serait entièrement annulé par l'effet de la règle Catonienne toutes les fois qu'il serait pur et simple (45).

Nous avons ainsi étudié toutes les applications de la règle Catonienne à l'époque classique, et nous avons pu constater que, dans tous les cas, c'est le même obstacle qui se présente : l'impossibilité que ce qui est à moi soit fait davantage mien. C'est pour cette seule raison qu'on s'oppose à la validité du legs de la chose dont le légataire est déjà propriétaire, ou dont il sera propriétaire à titre d'héritier au moment de la mort. La règle Catonienne a donc une sphère d'application aussi nettement délimitée que possible : elle ne régit qu'une seule nullité.

(44) Paulus: *Sent.* III-6 § 4.

(45) Paulus: 89. D. 28-5.

CHAPITRE VI

LA RÈGLE CATONIENNE DANS LE DROIT BYZANTIN

Il avait été communément admis jusqu'à la fin du XVIII^e siècle que la règle Catonienne a été à peu près complètement supprimée à partir des lois caducaires. Cette opinion ne fut abandonnée que pour être remplacée par un système qui compta de nombreux partisans (1) et d'après lequel la règle Catonienne aurait été complètement abrogée, sous Justinien, au moment de l'assimilation des legs et des fidéicommiss.

I

Les fidéicommiss, nous le savons, n'étaient primitivement pas régis par la règle Catonienne (2). Justinien dans une constitution célèbre abolit toute différence entre les legs et les fidéicommiss (3), et pro-

(1) SCHÖEMAN: *Handbuch d. Civilrechts*. II-8. GUYET: *op. cit.* pp. 127-132.

(2) Cf. *Supra*, p. 68.

(3) *Const.* 2. C. VI-43.

clama que, partout où il avait conflit entre les deux institutions, le droit plus humain des fidéicommiss devait prévaloir. Au point de vue de la règle Catonienne, le droit des fidéicommiss était certainement plus humain que celui des legs : nous savons assez avec quelle défaveur était accueillie la règle Catonienne à l'époque classique, pour pouvoir affirmer qu'elle était déraisonnable. Justinien n'ayant spécifié nulle part qu'il conservait la règle Catonienne, il n'y a pas lieu de douter, disait-on, qu'elle ait été complètement abrogée à partir de son règne.

Ce système a été vivement combattu et à juste raison (4). Il est impossible d'invoquer aucun texte à son appui. Nulle constitution qui permette de penser que la règle Catonienne soit hors d'usage après Justinien. Mais au contraire une grande quantité de textes qui rendent cette supposition inadmissible.

L'assimilation des legs et des fidéicommiss qui aurait fait disparaître la règle est l'œuvre d'une constitution de 531. Elle était donc de deux ans antérieure à la promulgation du Digeste, de deux ans à celle des *Institutes* et de trois ans à celle du *codex repetitæ prælectionis*. Comment admettre alors que, si la règle était depuis quelques années hors d'usage, les compilateurs aient inséré dans les *Institutes* (5), dans le Digeste et dans le Code tant de fragments concernant

(4) VON VANGEROW: *op. cit.* II. § 540. ARNDTS: *Ueber die Catonianische Regel*. p. 245. MACHELARD: *op. cit.* p. 536.

(5) La règle Catonienne est également citée comme une institution en vigueur dans la paraphrase grecque des *Institutes*. § 32 II-20).

cette règle, fragments qui n'auraient plus eu qu'un intérêt purement historique? Bien plus, dans le Digeste, les compilateurs ont réservé à la règle un titre particulier. Qu'un fragment périmé puisse passer inaperçu, cela est fort possible et même assez fréquent, mais un titre entier ! Cette inattention des compilateurs serait d'autant moins vraisemblable que l'abrogation de la règle était toute récente, et que, sans doute, les mêmes hommes qui procédaient aux compilations avaient collaboré à la constitution qui assimilait les legs et les fidéicommiss : les compilateurs pouvaient peut-être oublier les réformes de Tibère ou d'Hadrien, mais certainement pas celles de Justinien. Il est, d'ailleurs, un passage des Institutes qui exclut toute idée d'inadvertance (6). Nous savons que la règle Catonienne s'oppose à la validité du legs fait à un *alieni juris* soumis à la puissance de l'héritier. Cet *alieni juris* pouvait, dit Gaius (7), être soit un esclave, soit un *filius in potestate*. Sous Justinien, le *filius in potestate* peut être gratifié personnellement d'un legs (8) ; la règle Catonienne ne doit donc plus s'opposer à un legs qui serait valable même si le testateur mourait aussitôt après la confection du testament. Aussi les compilateurs ont-ils supprimé aux Institutes tout ce qui avait trait au *filius in potestate*, pour ne faire mention que de l'esclave. L'attention des compilateurs s'est donc portée sur la règle Catonienne, et

(6) § 33. II-20.

(7) Gaius: II-245.

(8) *Const.* 6. C. VI-61.

s'ils ont mis les textes sur la matière au courant du dernier état du droit, c'est que ces textes n'avaient pas qu'un intérêt purement historique (9).

II

La persistance de la règle Catonienne dans le droit byzantin est donc incontestable (10). Mais comment

(9) Les compilateurs ont encore mis la règle au courant du droit récent dans une autre hypothèse. Nous savons que la règle exigeait qu'on annulât le legs au profit de l'esclave commun lorsque le *socius* était l'héritier institué. Le legs aurait été nul même accompagné d'un affranchissement, parce que le testateur n'avait pas le pouvoir de rendre libre un esclave qui n'appartenait pas qu'à lui. Mais Justinien a accordé au testateur la faculté d'affranchir l'esclave commun, sauf indemnité pour le co-propriétaire. (*Const.* 1. C. VII-7). Cette constitution est de 530, et, à partir de ce moment le legs fait *cum libertate* à l'esclave qui appartient en commun au testateur et à l'héritier, devrait être valable comme un legs qui serait adressé *cum libertate* au *servus proprius testatoris*. Le légataire étant libre devrait profiter du legs. C'est cette doctrine qui est enseignée par Paul (90. D. 28-5), qui dit: *Si socius heres institutus sit ex asse et servo communi legetur pure sine libertate, hoc legatum non constitit*. Il est bien évident que les mots *sine libertate* ne peuvent être du jurisconsulte, qui ne pouvait dans cette hypothèse qu'affirmer la nullité du legs sans distinguer entre le cas où il était fait *cum libertate* et celui où il était fait *sine libertate*. Ainsi que l'enseigne MUHLENBRUCH: *Suite de Glück*, XXXIX. p. 209, les compilateurs ont mis le texte de Paul au courant du droit nouveau en ajoutant les mots *sine libertate*.

(10) On ne peut prendre en considération l'opinion émise par GUYET: *op. cit.* p. 127, suivant laquelle les passages relatifs à la règle Catonienne n'auraient été maintenus dans les compilations que pour permettre de résoudre les procès

se fait-il que Justinien qui avait, dans l'assimilation des legs et des fidéicommiss, le meilleur des prétextes pour se débarrasser de la règle Catonienne, ne l'ait pas utilisé ? Ce fait est si extraordinaire que la plupart des auteurs contemporains se sont refusés à admettre, quoi qu'il puisse paraître, que les fidéicommiss fussent soustraits à la règle Catonienne avant Justinien (11). Si la règle, disent-ils, continue d'exister, c'est qu'il n'y avait pas prétexte à s'en débarrasser. Le droit des fidéicommiss aurait été, au bas empire, aussi étroitement soumis à la règle que le droit des legs. Il est incontestable, sans doute, qu'à leur origine, les fidéicommiss n'ont pas entraîné l'application de la règle Catonienne, et qu'ils sont restés tels, tant qu'ils ont été érigés sans forme et en dehors d'un testament. Mais l'indulgence dont on usait dans l'appréciation des fidéicommiss indépendants d'un testament n'a subsisté que jusqu'à Constantin (12).

en suspens. Elle révèle une assez curieuse conception du but qu'auraient poursuivi les compilateurs en rédigeant le Digeste, et ne rend pas compte de la présence de la règle Catonienne dans les Institutes ou dans la paraphrase de Théophile. Cf. SINTENIS: *Civilrecht*. III. p. 723 n. 6, qui défend la même opinion que Guyet.

(11) ARNDTS: *Ueber die Catonianische Regel*, p. 247. MACHELARD: *op. cit.* p. 536. DE VANGEROW: *op. cit.* II § 540. BARON: *Pandekten*. p. 714. TEWES: *System des Erbrechts*. II. § 89.

(12) Constantin exigea que les fidéicommiss ab intestat fussent faits devant cinq témoins, et Théodose II, l'exigea pour tous les fidéicommiss. *Const.* 8 § 3. C. VI-36.

Depuis que cet empereur a exigé pour la validité des fidéicommiss *ab intestat* une déclaration de volonté faite devant cinq témoins, les fidéicommiss seraient soumis à la règle Catonienne. Justinien ne pouvait donc connaître que des legs et des fidéicommiss également régis par la règle. On invoque plusieurs textes pour confirmer cette manière de voir. C'est ainsi que Paul affirme que l'esclave de l'héritier ne peut pas plus être honoré d'un fidéicommiss que d'un legs (13). Un fragment de Maecianus (14) et une constitution d'Antonin (15) déclarent que le fidéicommiss laissé à l'esclave du testateur sans affranchissement est complètement nul. Maecianus (16) décide également que les legs ou les fidéicommiss au profit de l'esclave de l'institué ne doivent pas régulièrement entrer en ligne de compte pour le calcul de la loi Falcidie. Enfin un passage du Code, la constitution 13 *de legatis* (17) tient la nullité du fidéicommiss qui porte sur la chose du fidéicommissaire pour aussi certaine que la nullité du legs qui porte sur la chose du légataire. Mais ces textes ne peuvent aucunement prouver que la règle Catonienne s'applique aux fidéicommiss. Paul, Maecianus, Antonin et Diocletien ont vécu bien avant Constantin. Et personne n'a jamais soutenu que les fidéicommiss aient été régis par la règle Catonienne

(13) Paulus: 8. D. 32.

(14) Maecianus: 30 § 8. D. 35-2.

(15) Const. 4. C. VI-37.

(16) Maecianus: 30 § 8. D. 35-2.

(17) Diocletianus et Maximianus: 13. C. VI-37.

avant les réformes de cet empereur (18). Il est donc indiscutable qu'au moment où ont été rédigés nos fragments, la règle Catonienne ne s'appliquait pas aux fidéicommis. Il y a quelque inadvertance de la part d'Arndts, de Vangerow et Machelard, qui admettent tous trois que la règle ne s'est pas appliquée aux fidéicommis avant Constantin, à utiliser des fragments provenant de jurisconsultes classiques pour prouver que la règle Catonienne s'applique à partir de cet empereur (19). Si les textes que nous avons cités devaient s'interpréter comme prouvant l'application de la règle Catonienne aux fidéicommis, il faudrait les considérer comme interpolés systématiquement par les compilateurs à la suite de l'assimilation des legs et des fidéicommis. Ce ne serait pas là une accusation très difficile à admettre ; il fallait bien, en effet, que les compilateurs missent les textes d'accord avec la réforme récente qui soumettait les fidéicommis au même droit que les legs. Mais, pour rendre compte de nos textes, il n'est besoin de supposer aucune interpolation : en effet, aucun d'eux ne peut être sûrement

(18) MACHELARD: *op. cit.* p. 537, et ARNDTS: *Ueber die Catonianische Regel*, p. 246, reconnaissent eux-mêmes que la règle ne s'est pas appliquée aux fidéicommis avant Constantin.

(19) Inadvertance d'autant plus remarquable que MACHELARD: *op. cit.* p. 538, repousse un texte d'Ulpien qu'on invoquait pour prouver que la règle Catonienne ne s'applique pas aux fidéicommis même après Constantin, en faisant remarquer qu'Ulpien est de beaucoup antérieur à Constantin, et qu'il est tout naturel qu'Ulpien n'applique pas la règle aux fidéicommis.

tenu pour une application de la règle Catonienne (20). La manière dont s'expriment ceux de ces textes qui pourraient être rapportés à la règle Catonienne manifeste clairement qu'il ne s'agit pas d'une nullité *ab initio*, mais bien de l'impossibilité d'exécution qui se présente au moment de la mort si le bénéficiaire du legs et l'héritier sont confondus en la même per-

(20) Mæcianus, dans le fragment 30 § 8 *in fine* et Antonin, dans la constitution 4, envisagent une cause de nullité qui n'est pas due à la règle Catonienne. Nous savons que le legs fait par le testateur à son propre esclave sans affranchissement est toujours nul, même s'il est conditionnel, et cela en vertu du principe qu'une libéralité testamentaire ne doit pas être laissée *in arbitrio heredis*. Machelard, qui (p. 540) invoque cette constitution pour prouver l'application de la règle Catonienne aux fidéicommiss, a démontré page 520 qu'elle n'a rien à faire avec la règle Catonienne.

Paul, dans le fragment 8. D. 32, et Mæcianus, au début du § 8, fragment 30. D. 35-2, proclament sans distinction la nullité de tous les legs ou fidéicommiss au profit de l'esclave de l'héritier. Mæcianus dit, il est vrai, que le fidéicommiss serait valable, s'il était laissé *in die certa*: *alia causa est eorum, quæ in die certa dantur : nam si libertatis dies cœpit cedere... ei debebuntur*, mais, les legs qui se heurtent à la règle Catonienne ne sont pas plus valables sous un terme certain que purs et simples. Pour mettre d'accord cette hypothèse avec la règle Catonienne, Machelard (p. 531. n. 1), après Cujas (*Obs.* XIV-10), propose de lire *in die incerta*. Le *dies incertus* étant assimilé à la condition en matière testamentaire. Mais la correction ne donnerait pas un sens bien satisfaisant; il faudrait prêter à Mæcianus un vocabulaire bien peu technique pour admettre que, voulant préciser que sa solution ne s'applique pas quand le *dies cedens* du fidéicommiss se place après la mort, il ait dit : quand il y a un *dies incertus*... Nos textes s'expliquent, au contraire, très aisément si on admet que les jurisconsultes proclament simple-

sonne. A cette impossibilité d'exécution se heurtent aussi bien les legs que les fidéicommis ; ce n'est pas plus par un legs que par un fidéicommis que ce qui est déjà à moi peut être fait davantage mien. Il est vrai qu'il n'est non plus aucun texte qui nous permette d'affirmer que la réforme de Constantin n'a rien changé, et que, même après lui, la règle ne s'est

ment qu'il est impossible d'exécuter le fidéicommis quand le rapport de dépendance qui unit l'esclave à l'héritier existe au jour de la mort. Cette interprétation seule est admissible pour le fragment de Mæcianus; le jurisconsulte traite, en effet, du calcul de la loi Falcidie, il ne peut évidemment parler que de l'état de choses existant au moment de la mort: ce n'est pas à l'initium qu'on calcule le montant de la quarte.

Enfin la constitution 13 s'exprime ainsi : *Proprias tuas res legari vel fideicommitti tibi non potuisse manifestum est*. L'empereur n'a fait aucune exception pour les legs conditionnels, et nous savons cependant que la règle Catonienne ne s'applique pas aux legs conditionnels. Il semble donc que, là encore, le texte prévoit l'hypothèse de rapports inchangés au jour de la mort. On ne peut d'ailleurs pas attacher une importance capitale aux textes qui s'expriment comme le nôtre: *legari vel fideicommitti*; on rencontre très fréquemment dans les compilations ce *vel fideicommitti* après *legari*; quand les compilateurs ont eu à remanier les textes à la suite de l'assimilation des legs et des fidéicommis, c'est cette formule qui a dû s'imposer à eux comme la plus simple: elle n'implique, en effet, aucune modification du texte.

Nous avons, en tout cas, constaté que de tous les textes invoqués comme démontrant l'application de la règle aux fidéicommis après Constantin, aucun n'est postérieur à cet empereur, aucun ne traite les legs conditionnels différemment des legs purs et simples et aucun ne précise qu'il s'agit d'une nullité *ab initio*.

pas appliquée aux fidéicommiss. Mais comment un tel texte pourrait-il exister ? On peut s'attendre à trouver des textes affirmant l'existence d'une réforme, mais non pas son absence. Ces textes eussent-ils existé d'ailleurs que les compilateurs ne les auraient certainement pas insérés.

Pourquoi irions-nous donc croire, alors qu'aucun texte ne l'affirme, que le fait d'exiger la présence de cinq témoins pour la confection d'un fidéicommiss ait pu amener, en quoi que ce soit, à appliquer la règle Catonienne à ces libéralités ? Nous savons fort bien que la règle Catonienne n'est pas une conséquence du formalisme (21) ; elle ne s'appliquait ni aux legs ni aux stipulations conditionnelles qui sont bien des actes formalistes — pourquoi l'aurait-on appliquée aux fidéicommiss ? Machelard (22) dit que les fidéicommiss, n'ayant eu un *initium* que du jour où ils ont été formalistes, c'est à partir de ce moment seulement qu'on a pu exiger leur validité *ab initio*. Mais les fidéicommiss avaient un *initium* bien avant d'être des actes formalistes ; ils ont eu un *initium* du jour où ils ont commencé à exister juridiquement, du jour où leur exécution a été rendue obligatoire. Tous les actes juridiques ont un *initium*, un commencement. Et il ne suffit pas qu'un acte juridique ait un *initium* pour être soumis à la règle Catonienne (23). Nous n'avons donc aucune base pour affir-

(21) ROSSHIRT. *Vermächtnisse*. p. 425. Cf. p.

(22) MACHELARD: *op. cit.* p. 538.

(23) Cf. n. 37-II.

mer que la règle Catonienne pouvait être appliquée aux fidéicommiss avant Justinien. Et la raison qui a fait attribuer une vertu spéciale à la réforme de Constantin sur la forme des codicilles est uniquement le désir de trouver un juste motif au maintien de la règle Catonienne dans le droit de Justinien. Mais il faut renoncer à cette explication et reconnaître que, bien que Justinien ait continué à appliquer la règle Catonienne, il avait un excellent prétexte pour s'en débarrasser. Bien loin de saisir ce prétexte, il a systématisé les applications de la règle Catonienne et les a étendues aux fidéicommiss.

III

Si Justinien a voulu conserver ici le droit des legs plutôt que celui des fidéicommiss, il obéissait, sans doute, aux directives qui l'avaient guidé dans son œuvre d'assimilation : faire prévaloir le droit le plus humain (24). Le droit le plus humain, cela veut dire le droit le plus conforme aux besoins de la pratique. Et si, d'ordinaire, c'est le droit des fidéicommiss qui est le plus indulgent, en l'espèce, c'était probablement le droit des legs. Si Justinien, ayant une occasion de supprimer la règle Catonienne, ne l'a pas supprimée, c'est sans doute qu'il la voyait avec moins de défaveur que les jurisconsultes du début de l'empire. Il fallait même qu'il eut un vif désir de la maintenir pour donner une entorse aux principes nouveaux, et faire par exception prévaloir le droit des legs sur celui des fidéicommiss.

(24) § 3. *Just.* II-20, et Constitution 2 § 2. C. VI-43.

Ce n'est pas là, d'ailleurs, l'unique preuve que nous ayons de la faveur dont Justinien fit montre envers la règle Catonienne. Il s'est présenté parfois, à la suite de réformes en matières testamentaires, des occasions de supprimer certaines applications de la règle Catonienne ; Justinien n'en a pas profité. C'est ainsi que, dans le droit romain classique, le legs au profit d'un esclave qui lui-même était l'objet d'un *legatum optionis* était annulé en vertu de la règle Catonienne, lorsqu'il y avait un héritier nécessaire (25). Et cela, parce que le *legatum optionis* était un legs conditionnel, dont le *dies cedens* ne doit se produire qu'après l'adition d'hérédité. Comme il n'y avait pas entre le décès et l'acquisition de l'hérédité une marge de temps pendant laquelle la *familia* du testateur pourrait être réduite au seul esclave légataire, transformant ainsi le *legatum optionis* en un legs pur et simple, on appliquait la règle Catonienne et l'on décidait que le legs fait à l'esclave était nul *ab initio*, parce que, si le testateur était mort aussitôt après avoir fait son testament, le *dies cedens* du legs se serait produit avant que l'esclave ne fût sorti de la propriété de l'héritier. Mais une constitution de Justinien (26), ayant décidé que le *legatum optionis* est un legs pur et simple, il semble qu'on aurait dû cesser d'appliquer la règle Catonienne. Or, il n'en a rien été ; les textes n'ont pas été retouchés, et le legs au profit d'un esclave qui lui-même était légué par un *legatum optionis*, mis à la charge d'un héritier néces-

(25) Cf. p. 179.

(26) *Const.* 3. C. VI-43.

saire, est demeuré nul (27), parce qu'il y avait un nouveau motif pour appliquer la règle Catonienne. Désormais le *dies cedens* du legs d'option a bien lieu au moment de la mort du testateur, et coïncide ainsi, même quand il y a un *heres necessarius*, avec le *dies cedens* du legs laissé à l'esclave. Mais, si le *dies cedens* du *legatum optionis* est avancé jusqu'à la mort du testateur, il ne s'en suit pas que le légataire ait immédiatement la propriété de l'esclave qui lui est légué. Si le legs portait sur un corps certain, le transfert de propriété serait contemporain de la mort du testateur, et le legs au profit de l'esclave pourrait s'exécuter, parce que son *dies cedens* se produirait à un moment où l'esclave ne serait plus dans la propriété de l'héritier. Mais dans notre espèce l'objet du legs n'est pas déterminé ; il ne peut l'être que par le choix du légataire. La manifestation de sa volonté exigera un certain espace de temps après la mort du testateur. Le *dies cedens* du legs au profit de l'esclave se produira donc nécessairement avant que le légataire gratifié de l'esclave n'ait exercé son option, et le legs touchera un esclave de l'héritier (28). Toutes les fois qu'il y aura un héritier nécessaire, le legs au profit d'un esclave, lui-même objet d'un legs d'option, sera donc annulé en vertu de la règle Catonienne. La solution qu'on trouve dans le Digeste est donc conforme aux principes généraux ; mais il a fallu que Justinien ait une certaine complaisance envers

(27) Paulus: 13. D. 38-5.

(28) Javolenus: 15. D. 33-5.

la règle Catonienne pour ne pas saisir cette occasion de supprimer une de ses applications.

Il semble donc bien que Justinien n'envisageait pas la règle Catonienne avec la même défaveur que les jurisconsultes de l'empire : il saisissait toutes les occasions d'étendre son domaine et la tenait pour une institution particulièrement importante dont il était nécessaire de réglementer très soigneusement les applications. On peut affirmer que les compilateurs n'ont pas considéré la règle Catonienne comme une institution désuète, et qu'ils ont toujours été préoccupés de mettre les textes d'accord avec les moindres réformes qui ont modifié son mécanisme.

IV

Si l'attitude des jurisconsultes vis-à-vis de la règle Catonienne s'est modifiée au cours du bas empire, c'est sans doute que les motifs pratiques qui dictaient cette attitude se sont eux-mêmes modifiés, et qu'il s'est produit dans la nature du testament des changements qui rendaient à la règle une part de son utilité primitive. Il était parfaitement logique d'exiger la présence de toutes les conditions nécessaires à la validité d'un acte juridique au moment de l'initium, quand cet acte était destiné à produire certains de ses effets immédiatement : c'est ce qui se produit dans les actes entre vifs. Mais, il n'est pas nécessaire, pour que la règle Catonienne ait son utilité, que l'acte juridique produise tous ses effets au moment de l'initium, il suffit qu'il en produise quelques-uns et peu importe que l'exécution de l'obligation à laquelle

il a donné naissance soit différée. Or, si à l'époque classique le testament ne produit plus en aucun cas d'effets immédiats, s'il n'est destiné à donner naissance à un rapport juridique qu'au moment de la mort, il n'en est plus de même dans le droit byzantin. Longtemps déjà avant Justinien, se manifeste une tendance au rapprochement des dispositions à cause de mort et des actes entre vifs. Certes, on n'en revient pas à l'idée d'un testament destiné à transférer immédiatement la propriété. Mais on considère que, pour avoir toute certitude de voir ses dernières volontés respectées, il est préférable de modeler son testament sur un acte entre vifs, et d'investir immédiatement le gratifié d'une vocation qui ne sera suivie d'exécution qu'après la mort. Cette tendance, accélérée par les conceptions juridiques des Germains, ne trouva son véritable épanouissement qu'à l'époque Franque, mais il est facile d'en trouver des germes très développés dans la législation du bas empire.

V

Et tout d'abord la forme même des dispositions de dernière volonté s'est parfois modelée sur celle des actes entre vifs. Des constitutions d'Alexandre Sévère (29) et de Dioclétien (30) nous apprennent qu'on a pu laisser des fidéicommiss par *epistula*. Cette faculté n'a pas été restreinte par le formalisme dont les fidéicommiss ont été revêtus après Constantin, puis-

(29) *Const. I. C. VI-36.*

(30) Diocletianus et Maximianus: 22. C. VI-42.

qu'une constitution de 371, émanant de Valens (31), reconnaît la validité du fidéicommiss fait par *epistula*. Ce fidéicommiss par *epistula* peut revêtir deux formes bien différentes, que nous révèlent les textes du Digeste. L'*epistula* peut être adressée au grevé du fidéicommiss. C'est cette forme qui est employée dans un fragment de Scaevola (32). L'*epistula* est conçue dans ces termes : *Titius Cornelio heredi suo salutem. A te peto, Corneli, quoniam ad te devoluta est pars matris meæ, item pars Sempronii curatoris quondam mei contraria fortuna usi et per hoc totus as meus, apud te esse speratur, uti reddas restituas Gaio Seio uncias quatuor*. L'*epistula* qui sert à faire ce codicille est un instrument très fréquemment employé pour réaliser les actes entre vifs et notamment pour réaliser la tradition dans les donations (33). La similitude de forme entre l'instrument qui permet de réaliser le fidéicommiss et celui qui sert à opérer la tradition n'a pu manquer de contribuer à dissimuler la différence qui existait entre l'acte vifs et l'acte à cause de mort (34).

Mais la seconde forme que pouvait revêtir la libéra-

(31) Valens: 7. C. VI-22.

(32) Scaevola: 77. pr. D. 36-1.

(33) Severus et Antoninus: 1. C. VIII-53. Carus Carinus et Numerianus: 5. C. VIII-53. Ces textes ont peut-être été interpolés par les compilateurs, ainsi que beaucoup de fragments au titre *De Donationibus* au code. RICCOBONO: *Z. S. Stift*, XXXIII, p. 259; mais ils n'en sont pas moins probants pour le droit byzantin.

(34) AUFFROY: *Evolution du testament en France*, p. 278.

lité laissée par *epistula* est beaucoup plus caractéristique. Car, ce n'est plus seulement par la forme qu'alors le fidéicommiss se rapproche d'un acte entre vifs, mais par le fond. Papinien (35) cite en effet une *epistula* qui n'est pas adressée au grevé du fidéicommiss, mais au bénéficiaire : *Miles ad sororē epistulam, quam post mortem suam aperiri mandavit, talem scripsit : scire te volo, donare me tibi aureos octingentos*. Paul (36), suppose qu'un legs *per vindicationem* est fait sans que la quantité sur laquelle il porte soit indiquée ; le legs est cependant valable, si la quantité en a été précisée dans une *epistula* adressée au bénéficiaire. Ainsi le bénéficiaire du fidéicommiss ou du legs avait entre les mains une *epistula* par laquelle il connaissait sa vocation. En pratique, il devait falloir des motifs véritablement bien graves pour que le disposant se résolve à modifier des dispositions que connaissait le bénéficiaire (37). On assurait ainsi une sorte d'irrévocabilité au fidéicommiss ou au legs, et on s'habituaît de plus en plus à considérer le bénéficiaire comme investi d'une vocation immédiate. Ces *epistulae* n'avaient pas primitivement une grande importance ; tant qu'elles n'ont servi qu'à faire des fidéicommiss, elles n'ont pas été considérées comme de véritables testaments. Cependant, peu à peu, cette pratique est arrivée à prendre une assez grande place pour que, dans la période Gallo-

(35) Papinianus: 75. D. 31.

(36) Paulus: 38. D. 35-1.

(37) AUFFROY: *op. cit.* p. 279.

Romaine, l'*epistula* devienne l'acte normal de dernière volonté. Dès le VIII^e siècle l'évolution est accomplie. On appelle encore souvent l'acte testament, mais les clauses qu'il contient cadrent avec l'*epistula*. Une formule de Marculfe (38) admet que le mode habituel de dernière volonté est l'*epistula* ; elle s'exprime ainsi : « pour le reste, les *epistolæ* quelconques, par quelques personnes qu'elles soient montrées, demeureront sans effet, sauf celles faites pour affranchir un esclave ou pour le salut de mon âme » (39). Et cependant cet acte est appelé *testamentum*. Pour mieux assurer des effets immédiats à ces *epistolæ*, on joignait la mention de la tradition, acte caractéristique de l'affatomie. La formule 12 de Lindénbrog dit : « En conséquence, par cette *cartola donationis*, nous faisons tradition des biens indiqués ci-dessus, comme si nous faisons tradition par la festuca ou par le gant ». De tels actes donnent évidemment une vocation entre vifs aux biens dont le testateur dispose. Dans le droit byzantin, cette habitude d'utiliser l'*epistula* pour faire des codicilles a dû devenir particulièrement importante du jour où les codicilles *ab intestat* ont pu contenir aussi bien des legs que des fidéicommiss. On avait alors, toutes

(38) Marculfe: II-17. Zeumer p. 86.

(39) *In reliquo vero, qualiscumquæ a quemcumquæ epistolas de nomine nostro, manus nostras firmatas, ostensas fuerint et ante hunc testamentum prenotatas, quas hic non commemoravimus, excepto de ingenuitatis, quas pro animæ nostræ remedium fecimus aut adhuc facire volueremus vacuas permaneant.*

les fois qu'il ne paraissait pas nécessaire d'instituer un héritier, la possibilité de rédiger un véritable testament, contenant uniquement des legs, dans la forme habituelle des actes entre vifs.

VI

Il est, dans la pratique de l'époque franque, une autre manifestation de la tendance au rapprochement du testament et des actes entre vifs. On prend l'habitude d'ajouter à la fin des testaments la mention *stipulatione subnixa*. C'est ainsi que, sur les dix formules de testament qui sont rapportées dans de Rozière du numéro 128 au numéro 137, six contiennent la mention : *stipulatione subnixa* (40). L'origine de cette pratique provient de l'emploi de la stipulation à Rome pour renforcer le *nudum pactum*. C'était la stipulation qui donnait une valeur juridique au pacte. Quand l'habitude s'est généralisée de conserver par écrit la preuve de la stipulation, les écrits continrent la description du pacte et la mention de la stipulation. Une évolution amena à présumer l'existence de la stipulation par le seul fait de la présentation de l'écrit (41). Il suffisait alors d'insérer dans l'acte la mention de la stipulation pour remplacer l'effet des paroles solennelles (42) et donner force

(40) DE ROZIÈRE: I. formule 128, 130, 131, 132, 133, 137.

(41) Severus et Antoninus: I. C. VIII-37.

(42) Une constitution de Léon a supprimé en 472 l'obligation des paroles solennelles (10. C. VIII-37). Sous Justinien, la présence des parties à l'acte n'est même plus nécessaire, il suffit de leur présence dans la cité le jour de la rédaction de l'écrit (14 § 2. C. VIII-37).

juridique au *nudum pactum*. On crut sans doute en ajoutant cette même mention au testament lui donner toute la force d'une stipulation. La pratique estimait que le testament n'avait pas par lui-même, en tant qu'acte à cause de mort, une force suffisante, et on éprouvait le besoin d'emprunter la puissance juridique d'un acte entre vifs. Cet emploi de la stipulation ne pouvait qu'amener une certaine confusion entre les concepts d'acte entre vifs et d'acte à cause de mort. Si on faisait mention de la stipulation, c'est qu'on ne tenait évidemment pas essentiellement à pouvoir aisément révoquer son testament et qu'il importait peu que celui-ci donnât immédiatement naissance à certains effets. Il ne faudrait pas croire que cette pratique de la *stipulatio subnixa* eut été particulière aux régions envahies par les barbares. Elle était une conséquence de pratiques purement romaines, et on la trouve aussi bien en Orient qu'en Occident. Dès 235, un papyrus du Fayum fait déjà application de la mention *stipulatione subjecta* pour confirmer un testament (48). Un papyrus grec d'époque byzantine, trouvé à Aphroditô, contient la fin du testament d'Aurelios Pankab, fils de Panouphis (49). Le testateur, après avoir dicté ses dernières volontés, ajoute qu'il a été stipulé sur tous ces points et qu'il a promis. Ce texte n'est malheureusement pas daté ;

(43) WESSELY: *Griechische Papyri des Britisch Museum*. (Wiener Studien, IX-1887.), p. 242. « Καὶ ἐπερωτῇ θεῖς ὡμολογησά η διαθητὴ κυρία. »

(44) JEAN MASPERO: *Papyrus grecs d'époque byzantine*. III. Numéro 67324. καὶ ἐπερωτῇ ἐπὶ τοῦτοί [ς] πασί ὡμολογησα.

mais aucun des nombreux papyri faisant partie de la même trouvaille ne paraissant postérieur à l'an 600, il est permis de penser que notre document est à peu près contemporain de Justinien.

VII

Il est donc très certain que le droit byzantin tend à rapprocher le testament des actes entre vifs. La pratique de la mention *stipulatione subnixā* amène à voir dans le testament un acte bien peu différent du contrat. Si aucun contrat n'a lieu entre le testateur et l'héritier, il y a un contrat entre le testateur et un stipulant. C'est cette habitude de ne pas voir dans le testament un acte très différent du contrat qui permet d'expliquer l'erreur des compilateurs, qui ont affirmé aux Institutes que le testament est un acte juridique qui se passe entre le testateur et l'héritier (45). On ne peut sans doute pas voir dans cette phrase l'affirmation par les compilateurs que le testament est un contrat. Il n'y a évidemment là qu'une paraphrase maladroite du passage dans lequel Gaius disait que le testament est supposé un acte juridique qui se passe entre le testateur et le *familiæ emptor* (46). Mais, si les compilateurs ne comprenant plus le rôle du *familiæ emptor* le remplacent par

(45) § 10. *Just. II-10. Quia totum hoc negotium, quod agitur testamenti ordinandi gratia, creditur hodie inter heredem et testatorem agi.*

(46) *Gaius: II-105. Quia propter veteris juris imitationem totum hoc negotium, quod agitur testamenti ordinandi gratia, creditur inter familiæ emptorem agi et testatorem.*

l'héritier, c'est que l'idée de faire du testament un contrat ne les choquait pas. S'ils avaient eu du testament la même conception que les classiques, ils n'auraient pas mieux compris qu'on pût dire qu'il y a un contrat entre le testateur et l'héritier, qu'entre le testateur et le *familiæ emptor*. Mais, le droit de Justinien ayant atténué la différence entre le testament et les actes entre vifs, les compilateurs ne croyaient pas dire une chose extraordinaire en définissant le testament comme un contrat.

Il est donc tout naturel que la défaveur qui régnait sous l'empire contre la règle Catonienne ait disparu dans le droit byzantin. Il n'y avait rien de choquant pour des praticiens, qui n'hésitaient pas à ajouter une stipulation à un testament, dans une règle qui dit que le legs prend force (*accipit vires*), en ce qui concerne sa possibilité d'exécution, au moment de sa confection, puisqu'il en était de même pour la stipulation. Comment le testateur aurait-il pu s'étonner de voir son testament soumis au même droit qu'une stipulation, alors qu'il n'attribuait lui-même que peu de valeur juridique au testament, et qu'il croyait que, pour en faire un acte juridique d'exécution assurée, il était nécessaire d'emprunter la force exécutoire d'un acte entre vifs, la stipulation ? Le disposant devait avoir une mentalité semblable à celle de l'individu qui, pour assurer une sanction à sa *nuncupatio*, était obligé de recourir aux formes de la mancipation. Que le testateur fasse appel à la mancipation ou à la stipulation, il emprunte les formes d'un acte destiné à produire des effets immédiats ; il doit lui paraître

naturel que son testament soit soumis aux règles de fond de la stipulation ou de la mancipation, comme il est soumis à leurs règles de forme.

La règle Catonienne a donc eu la curieuse destinée de retrouver une utilité après avoir été combattue comme une survivance encombrante pendant plusieurs siècles. Née pendant le passage d'un testament qui ne contenait que des legs à un testament qui contenait une institution d'héritier, la règle Catonienne avait marqué une étape dans l'évolution de l'acte entre vifs à l'acte à cause de mort ; elle a été réduite à un rôle insignifiant quand le testament a servi essentiellement à instituer un héritier, et n'a plus gardé aucun des caractères de l'acte entre vifs. Mais elle a de nouveau retrouvé son utilité et sa vigueur, avec la réapparition dans le testament de certains des caractères du contrat, et avec la disparition, grâce au développement du codicille *ab intestat*, du rôle primordial de l'institution d'héritier.

Vu : Le Président de thèse,
Le 17 novembre 1925,
 E. LEFÈVRE.

Vu : Le Doyen,
Le 17 novembre 1925,
 L. JOSSERAND

Vu et permis d'imprimer :
 Lyon, le 17 novembre 1925,
 Pour le Recteur et par délégation,
 Le Vice Président du Conseil de l'Université,
 L. JOSSERAND

TABLE DES OUVRAGES CITÉS

- ACCARIAS. — Précis de Droit romain (3^e édit.), Paris, 1882.
- APPLETON (Ch.). — Le testament romain. La méthode du droit comparé et l'authenticité des XII tables (*Revue générale du Droit*, 1902-1903).
- ARNDTS. — Ueber die Catonianische Regel. (*Neues rheinisches Museum für Jurisprudenz*, V. 1833). Réédité dans *Gesammelte civilistische Schriften* (Stuttgart, 1873).
- Lehrbuch der Pandekten (12^e éd.) (Suttgart, 1883).
- Tome LXVI dans *Ausführliche Erläuterung der Pandekten von Fr. Von Glück* (Erlangen, 1869).
- AUFFROY. — Evolution du testament en France, des origines au XIII^e siècle (Paris, 1899).
- BACHOFEN. — Das römische Pfandrecht (Basel, 1847).
- BARON. — Pandekten (Leipzig, 1885).
- BAUDOUIN. — *Commentarius ad Regulam Catonianam (Jurisprudentia romana et attica d'Heineccius, I)*, pp. 418-432 (Leyde, 1738).
- BEAUCHET. — Histoire du droit privé de la République athénienne, III. Le droit de propriété (Paris, 1897).

- BECHMANN. — Geschichte des Kaufs im römischen Recht (1876).
- BEKKER. — Ueber die Leges locationis bei Cato de re rustica (*Zeitschrift für Rechtsgeschichte*, III, 1864).
- System des heutigen Pandektenrechts (Weimar, 1886-1889).
- BELL. — Dissertatio juridica inauguralis de usu regulæ Catoniæ (Leyde, 1849).
- BESELER. — Die Lehre von den Erbverträgen, II (1837-1840).
- BOECKING. — Pandekten (Bonn, 1861).
- BONFANTE. — L'origine dell' Hereditas e dei Legata. Scritti giuridici, I (*Bulletino dell' Istituto di diritto romano*, IV, (1891).
- BORGNA. — La regola Catoniana nel diritto Justiniano.
- La regola Catoniana rispetto al Instituzioni d'erede.
- Origine e fondamente della regola Catoniana (Cagliari, 1910).
- BREMER. — Jurisprudentiæ antehadrianæ quæ supersunt (Leipsig, 1898).
- BRINZ. — Lehrbuch der Pandekten (Erlangen, 1884).
- BRUCK. — Zur Entwicklungsgeschichte der Testamentsvollstreckung (*Zeitschrift für das Privat und öffentliche Recht*, XL, 1914).
- BRUNS. — Fontes juris romani antiqui (Tubingen, 1909).
- BUCKLAND. — *Sur la cretio*, dans *Revue Internationale d'Histoire du Droit*, 1922.
- BUFNOIR. — Théorie de la condition dans les divers actes juridiques suivant le droit romain (Paris, 1866).
- CAGNAT. — Etude historique sur les impôts indirects chez les Romains jusqu'aux invasions des Barbares (Paris, 1882).

- DE CAQUERAY. — Explication des passages de droit privé contenus dans les œuvres de Cicéron (Paris, 1857).
- CICALA. — Vecchi e nuovi pregiudizi di scuola in alcune dottrine romanistiche (*Studi Senesi*, XXXI, VI de la deuxième série, 1915).
- CLERICI. — Sulla regola Catoniana (D. 34-7). (*Archivio giuridico*, VI, 3, 1906), pp. 441-456.
- COSTA. — Storia del diritto romano privato dalle origini alle compilazioni Giustiniane (Turin, 1925).
- COSACK. — Lehrbuch des Deutschen bürgerlichen Rechts (Iéna, 1901).
- CUJAS. — Opera omnia (Naples, 1758).
- CUQ. — Manuel des Institutions juridiques des Romains (Paris, 1917).
- CUQ. — Recherches historiques sur le testament *per æs et libram* (*Nouvelle Revue historique*, X, 1886), pp. 533-586).
- CUTERI. — Ancora delle origini della regola Catoniana (*Annuario dell' Istituto di storia del diritto romano*, IX (2), X, 1907-1908) (Catania).
- DARESTE. — Etudes d'histoire du Droit (Paris, 1889).
- DONEAU. — Commentarii de jure civili (*Cum notis Oswaldi Hilligeri.*) (1762-1768).
- ERLICH. — Die Anfänge des testamentum per aes et libram (*Atti del congresso internazionale di scienze storiche*, IX), p. 330, réédité dans *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft*, XVII, 1904-1905, pp. 99-109).
- Beiträge zur Theorie der Rechtsquellen (Berlin, 1902).
- ENNECERUS. — Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin.

ESMEIN-GENESTAL. — Cours Élémentaire d'Histoire du Droit français (14^e édit.), (Paris, 1921).

FADDA. — Dell' origine dei legati (*Studi giuridici e storici per l'VII centenario della universita di Bologna* (Rome, 1888).

— Concetti fondamentali del diritto ereditario romano (Napoli, 1902).

FAVRE. — Conjecturæ (Lyon, 1661).

FERRINI. — Il Digesto Italiano, vol. VII, 1, V^o Catoniana (regola), pp. 633-643 (1887-1896).

-- Il Digesto (Milan, 1893).

— Teoria generale dei legati e dei fedecommessi secondo il diritto romano (Milan, 1888).

— Sull' origine dei legati (*Bulletino dell' Istituto di diritto romano*, I, 1888), p. 111.

— Studi sul legatum optionis (*Memorie del R. Istituto Lombardo*, XV), pp. 193-220.

FORNERIUS. — Rerum quotidianarum (dans le *Thesaurus juris* d'Otton, II) (Leyde, 1625-1629).

FRENKEL. — Die Regula Catoniana. Inaugural dissertation (Berlin, 1897).

FURGOLE. — Traité des Testaments (1745).

GABIAT. — Théorie du dies cedens en matière de legs (Paris, 1891).

GANS. — Das Erbrecht im weltgeschichtlicher Entwicklung, II (Berlin, 1824-1829).

GIRARD. — Manuel élémentaire de Droit romain (7^e édition) (Paris, 1924).

GODEFROY (J.). — Notæ ad capita legis Juliæ caducariæ (in *Ottonis thesaurus juris Romani*) III (Leyde, 1625-1629).

GORDONUS. — Prætermissa juris civilis (dans le *Thesaurus juris romani* d'Otton II) (Leyde, 1625-1629).

GOESCHEN. — Vorlesungen über das gemeine Civilrecht.

III.

GREIF. — De l'origine du testament Romain (Paris, 1888).

GUYET. — Ueber die Anwendbarkeit der Catonianischen Regel auf Vermächtnisse einzelner Sachen (*Abhandlungen aus dem Gebiete des Civilrechts*, V. Abh.) (Heidelberg, 1829).

HARNIER. — De Regula Catoniana. Commentatio inauguralis (Heidelberg, 1820).

HEUMANN-SECKEL. — Handlexicon zu den Quellen des römischen Rechts (Iéna, 1906).

HOELDER. — Beiträge zur Geschichte des römischen Erbrechtes (Erlangen, 1881).

HOMO. — Problèmes sociaux de jadis et d'à-présent (Paris, 1922).

HUVELIN. — Etude sur le furtum. Les sources (*Annales de l'Université de Lyon*) (Lyon, 1915).

JHERING. — Geist des römischen Rechts (Leipzig, 1871).

HEINECCIUS. — Ad legem Juliam et Papiam Poppæam.

JOBBÉ-DUVAL. — V. Catoniana Regula, dans la *Grande Encyclopédie*, IX.

JORDAN. — M. Catonis præter librum de re rustica quæ exstant (Leipzig, 1860).

JOERS. — Römische Rechtswissenschaft zur Zeit der Republick (Berlin, 1888).

KARLOWA. — Römische Rechtsgeschichte (Leipzig, 1901).

— Das Rechtsgeschäft und seine Wirkung (Berlin, 1877).

KIPP. — Geschichte der Quellen.

KNIEP. — Gaii institutionum commentarius secundus (Iéna, 1913).

- KRETSCHMAR. — Die Natur des Prælegats nach römischen Recht (Leipsig, 1874).
- KRUEGER. — Histoire des sources (Traduction Brissaud) (1894).
- KUNTZE. — Cursus des römischen Rechts (Leipsig, 1879).
— Excuse über römisches Rechts (Leipsig, 1880).
- LAMBERT (Ed.). — La tradition romaine sur la succession des formes du testament devant l'histoire comparative (Paris, 1901).
— L'histoire traditionnelle des XII tables et les critères d'authenticité des traditions en usage dans l'école de Mommsen (Mélanges, Ch. Appleton) (Lyon, 1903).
- LEONHARD. — Institutionen des römischen Rechts (Leipsig, 1894).
- LENEL. — Essays in legal history, ed. by Vinogradoff (Oxford, 1913).
— Das Sabinussystem (Strassburg, 1893).
— Palingenesia juris civilis (Leipsig, 1889).
- LÉVY-BRUHL. — La fonction du très ancien testament romain (*Nouvelle revue historique*, XLV, 1922).
— Etude sur la cretio (*Nouvelle revue historique*, XXXVIII, 1914).
— Le rôle de l'intermédiaire dans l'affatomie (*Nouvelle revue historique*, 1924), p. 671.
- MACHELARD. — Etude sur la règle Catonienne en droit romain (*Revue historique de Droit français et étranger*, VIII, 1862).
- MAREZOLL. — Précis d'un cours sur l'ensemble du droit privé des Romains (traduction Pellat) (Paris, 1852).
- MASPERO (J.). — Catalogue général des antiquités égyptiennes du Musée du Caire. Papyrus grecs d'époque byzantine, III (Le Caire, 1916).

- MASSOL. — Principes rationnels de la règle Catonienne en droit romain. (*Académie de législation de Toulouse*, XXIV, 1875).
- MAYNZ. — Cours de Droit romain, III (Bruxelles, 1877).
- MERLIN. — Répertoire universel de jurisprudence. (V. Légataire).
- MITTEIS. — Stipulation und Legat (*Zeitschrift der Savigny Stiftung*, 1911).
- MOMMSEN. — Römische Forschungen, I (Berlin, 1864).
— Römische Geschichte, II (Berlin, 1881).
- MOELHER. — Pandektenrepetitionen nach Lehrbüchern von Puchta, von Vangerow und Arndts (1879).
- MOREL. — Théorie du dies cedens en matière de legs (Paris, 1890).
- MUEHLENBRUCH. — Ausführliche Erläuterung der Pandekten von Fr. von Glück. fortg. Mühlenbruch, XXXIX (1837).
- MUIRHEAD. — Introduction historique au droit privé de Rome (traduction Bourcart) (Paris, 1889).
- MÜLLER. — Besteht die Catonianische Regel in unseren heutigen Recht noch fort? (*Archiv für die civilistische Praxis*, XIV, 1831).
- ORTOLAN-LABBÉ. — Explication historique des institutes, II (Paris, 1880).
- PACCHIONI. — Corso di diritto romano, I (Insbrück, 1905).
- PERNICE. — Marcus Antistius Labeo, I (Halle, 1873).
— Festgabe für R. von Gneist (Berlin, 1888).
- PERTILE. — Storia del diritto italiano, IV (Turin, 1896-1903).
- PEROZZI. — Institutioni di diritto, II (Florence, 1908).
- PETER. — Historicorum romanorum fragmenta (Leipzig, 1883).

- PINSON. — De la règle Catonienne en droit romain (Paris, 1871).
- RICARD. — Traité des donations entre vifs et testamentaires (Paris, 1713).
- RICCOBONO. — Traditio ficta (*Zeitschrift der Savigny Stiftung*, XXXIII, 1912).
- RIVIER. — De discrimine quod inter regulam Catonianam et eam quæ lege 29 de R. J. continetur juris antiqui regulam interest. Dissertatio inauguralis (Berlin, 1858).
- ROBY. — *Romane private law in the times of Cicero and of the Antonines*, I (Cambridge, 1902).
- ROSSHIRT. — Die Lehre von den Vermächtnisse nach römischen Rechte, I (Heidelberg, 1833).
- Einige Worte ueber die regula Catoniana (*Archiv für die civilistische, Praxis*, X, 1827).
- SACCHI. — V. Nuncupatio (*Il Digesto Italiano*, XVI).
- SALVIOLI. — Manuale di storia del diritto Italiano (Turin, 1903).
- SÁVIGNY. — *Système du droit romain* (trad. Guenoux) (Paris, 1856).
- SCHANZ. — Geschichte der römischen Litteratur, I (*Handbuch der klassischen Altertums-Wissenschaft* d'Iwan von Muller, VIII) (München, 1898).
- SCHOEMAN. — Handbuch des Civilrechts, II (Wetzlar, 1806).
- SCHULIN. — Das griechische Testament verglichen mit dem römischen (Bâle, 1882).
- SCIALOJA. — Diritto ereditario romano (Lezioni redatte da G. Secchi et L. Biamonti) (Rome, 1905).
- SERAFINI. — Proposta di conciliazione della legge 66, § 6 D de legatis II colla legge 86 pr. D. de legatis, I (*Archivio giuridico*, XVIII, 1877).

- SIMON. — La règle Catonienne (Paris, 1877).
- SIMONCELLI. — Sulla Regola Catoniana (*Studi giuridici dedicati e offerti a F. Schupfer*, I) (Turin, 1898).
- SINTENIS. — Das praktische Gemeine Civilrecht, III (Leipzig, 1844-1851).
- SOHM. — Institutionen, Geschichte und System des römischen Privatrechts (17° édit., revue par Mitteis et Wenger) (Munich, 1924).
- SOMMER. — Dies cedens v pravu rimskem (Prague, 1913).
- SUMNER-MAINE. — L'ancien droit considéré dans ses rapports avec l'histoire de la société primitive et les idées modernes (trad. Courcelle-Seneuil) (Paris, 1874).
- TEUFFEL. — Geschichte des römischen Litteratur (Leipzig, 1890).
- TEWES. — System des Erbrechts nach heutigen römischen Recht (Leipzig, 1864).
- UNGER. — System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, VI, Das österreichische Erbrecht (Leipzig, 1879).
- VON VANGEROW. — Ueber die lex Voconia (Vertrag zum Geburtsfeste des Hochtseligen Grossherzogs Karl Fridrich von Baden) (1863).
- Lehrbuch der Pandekten (Leipzig, 1876).
- VANNI. — Di un effetto della regola Catoniana sul legato di cosa del legatario (*Archivio giuridico*, XXXI, 1883).
- VASSALLI (F.-E.). — Dies vel condicio (*Bulletino dell'Istituto di diritto romano*, XXVII, 1914).
- VERING. — Geschichte und Pandekten des römischen und heutigen gemeinen Privatrechts (5° édit.) (Kirchheim, 1887).
- Römisches Erbrecht in historich. und dogmatisch. Entwicklung (Heidelberg, 1861).

- VERNAY. — Servius et son école (Lyon, 1909).
- VIGIÉ. — Impôts créés par Auguste (*Revue générale du droit, de la législation et de la jurisprudence*, V. 1881).
- VOIGT. — Römische Rechtsgeschichte (Stuttgart, 1889).
— Geschichte und allgemeine Lehrbegriffe der XII Tafeln nebst deren Fragmenten (Leipzig, 1883).
- VOORDA. — Interpretationes et emendationes juris romani (1735).
- WEISS (Egon). — Mandatela und custodela (*Zeitschrift der Savigny Stiftung*, XXXII, 1921).
- WESELY. — Griechische Papyri des British Museum (Wiener Studien, IX, 1887).
- WINDSCHEID. — Lehrbuch des Pandektenrechts (*Bearbeitet von Kipp*). (Frankfurt am Main, 1906).
- WLASSAK. — Vindikation und Vindikationslegat (*Zeitschrift der Savigny Stiftung*, XXXI, 1910).
- WOELL. — Ueber die Regula Catoniana. Dissertatio inauguralis (Strassburg, 1894).
- ZOCCO-ROSA. — Sull' origine della regula Catoniana (*Critica della congettura di Bremer*) (*Annuario dell' Istituto di Storia del diritto romano*, vol. VIII, Catania, 1901).
— D'una recentá congettura sull' origine della regula Catoniana (*Studi dedicati e offerti a F. Schupfer*, I (Turin, 1898).
-

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTIONpp. 7-10

CHAPITRE PREMIER. — A QUELLE ÉPOQUE ET PAR QUI A ÉTÉ FORMULÉE LA RÈGLE CATONIENNE : pp. 11-27. — § 1. La Règle catonienne est issue d'un *responsum* : p. 11. — § 2. Caton est-il l'auteur d'un *responsum* ou d'une règle ? : p. 14. — § 3. Est-ce Caton le censeur ou son fils Licinianus qui a formulé la règle ? : p. 11.

CHAPITRE II. — DISTINCTION ENTRE LA RÈGLE CATONIENNE ET LES RÈGLES CONTENUES DANS LES FRAGMENTS 29, 201 et 210 DE DIVERSIS REGULIS JURIS ANTIQUI : pp. 29-72. — § 1. La Règle Catonienne ne s'applique pas aux institutions d'héritiers : p. 30. — § 2. La Règle Catonienne n'est pas une application aux legs du principe *quod initio* : p. 42. — § 3. Le principe *quod initio* : p. 44. — § 4. Le principe *quod initio* s'applique même aux actes sans forme : p. 46. — § 5. Différence entre un acte inutile et un acte *non datum* : p. 50. — § 6. Contenu de la Règle Catonienne : p. 53. — § 7. La Règle Catonienne ne régit, ni *la testamenti factio* du légataire, ni les legs

d'objets *extra-commercium* : p. 57. — § 8. Théorie des *tria tempora* : p. 59. — § 9. Divers éléments de l'acte juridique : p. 65. — § 10. Irrationalité de la Règle Catonienne : p. 67.

CHAPITRE III. — ORIGINE DE LA RÈGLE CATONIENNE :

pp. 73-127. — § 1. La Règle Catonienne n'est pas une tentative de réaction contre la liberté testamentaire : p. 74. — § 2. La Règle Catonienne n'est pas une conséquence du formalisme : p. 76. — § 3. Il y a eu une époque à laquelle la Règle Catonienne était une nécessité : p. 78. — § 4. La Règle Catonienne n'est pas née dans le testament comitial : p. 82. — § 5. La Règle Catonienne n'est pas née dans le testament *in procinctu* : p. 85. — § 6. La Règle Catonienne est née dans la *mancipatio familiæ* : p. 86. — § 7. La concentration de l'acte juridique : p. 89. — § 8. La Règle Catonienne n'est pas née dans la toute première forme de la *mancipatio familiæ* : p. 94. — § 9. La Règle Catonienne remonte à la période de transformation du testament *per æs et libram* : p. 95. — § 10. La *nuncupatio* : p. 98. — § 11. La *nuncupatio* primitive ne contenait que des legs *per vindicationem* : p. 101. — § 12. La formule de la Règle Catonienne implique l'existence du seul legs *per vindicationem* : p. 104. — § 13. Le *dies cedens* : p. 105. — § 14. La déconcentration de l'acte juridique : p. 108. — § 15. C'est au *dies cedens* que doivent normalement être réunies les conditions nécessaires à la possibilité de l'exécution : p. 114. — § 16. La Règle Catonienne remonte

à une époque où le *dies cedens* se confondait avec *l'initium* : p. 115. — § 17. L'exigence de la propriété quiritaire au moment de la confection dans un legs *per vindicationem* a la même origine que la Règle Catonienne : p. 116. — § 18. Le *dies cedens* se confondait encore avec *l'initium* au VI^e siècle : p. 118. — § 19. Règlement sur les *sacra* : p. 122. — § 20. La Règle Catonienne est une conséquence de la naissance immédiate du rapport juridique : p. 127.

CHAPITRE IV. — RÉACTION CONTRE LA RÈGLE CATONIENNE AU DÉBUT DE L'EMPIRE : pp. 129-151. —

§ 1. La Règle Catonienne ne s'applique pas à l'inutilité des legs réduits parce qu'ils excèdent la *quarte Falcidie* : p. 130. — § 2. La Règle Catonienne ne concerne pas le *jus capiendi* : p. 131. — § 3. La Règle Catonienne n'a pas été abrogée par les lois caducaires : p. 125. — § 4. Primitivement la Règle Catonienne régissait même les legs conditionnels : p. 140.

CHAPITRE V. — CAS D'APPLICATION DE LA RÈGLE CATONIENNE : pp. 153-181. —

§ 1. Legs de la chose qui appartient déjà au légataire : p. 154. — § 2. Le *prælegatum* : p. 158. — § 3. Legs laissé à l'esclave de l'héritier : p. 159. — § 4. Théorie de la personnalité de l'esclave légataire : p. 161. — § 5. Pluralité d'héritiers institués : p. 166. — § 6. *Ademptio sub conditione* : p. 167. — § 7. Legs au profit du maître de l'esclave institué héritier : p. 168. —

§ 8. Legs au profit de l'esclave du testateur : p. 170.
— § 9. Legs avec affranchissement au profit de l'esclave du testateur : p. 171. — § 10. Legs au profit de l'esclave du testateur avec affranchissement par codicille confirmé : p. 172. — § 11. Legs au profit d'un esclave du testateur affranchi sous condition : p. 173. — § 12. Legs au profit d'un esclave qui lui-même est légué : p. 176. — § 13. *Legatum optionis* : p. 178. — § 14. Legs au profit d'un esclave commun : p. 180.

CHAPITRE VI. — LA RÈGLE CATONIENNE DANS LE DROIT BYZANTIN : pp. 183-205. — § 1. La Règle Catonienne reste en vigueur dans le droit de Justinien : p. 183. — § 2. Les fidécummis n'ont pas été soumis à la Règle Catonienne par Constantin : p. 186. — § 2. Les compilateurs n'étaient pas défavorables à la Règle Catonienne : p. 193. — § 4. Modification dans la forme du testament au bas empire : p. 196. — § 5. L'épistula : p. 197. — § 6. La clause *stipulatione subnixa*. — § 7. La Règle Catonienne était raisonnable dans le testament byzantin : p. 203.

TABLES DES OUVRAGES CITES.....pp. 207

